

Jürgen Herrmann

Die Bestimmung der Abfindung in der Satzung
für die Fälle der Ausschließung und des
Austritts aus der GmbH

1967
7

DIE BESTIMMUNG DER ABFINDUNG IN DER SATZUNG
FÜR DIE FÄLLE DER AUSSCHLIESSUNG UND DES
AUSTRITTS AUS DER GMBH

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster

vorgelegt von
Assessor
Jürgen Herrmann
aus Münster (Westfalen)



1. Berichterstatter: Prof. Dr. WESTERMANN

2. Berichterstatter: Prof. Dr. REINICKE

Dekan : Prof. Dr. NÖRR

Tag der mündlichen Prüfung: 16. November 1967

Meiner Frau

Seite

1. Die Geburt

2. Die Kindheit

3. Die Jugend

4. Die Ehe

5. Die Eltern

6. Die Freunde

7. Die Arbeit

8. Die Freizeit

Meiner Frau

9. Die Gesundheit

10. Die Religion

11. Die Politik

12. Die Kunst

13. Die Wissenschaft

14. Die Natur

15. Die Geschichte

16. Die Philosophie

17. Die Ethik

18. Die Ästhetik

19. Die Logik

20. Die Psychologie

21. Die Soziologie

22. Die Ökonomie

23. Die Jurisprudenz

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>Einleitung</u>	1
<u>Erster Teil</u>	
<u>Die rechtlichen Grundlagen von Ausschließung und Austritt aus der GmbH</u>	4
A. Die gesetzlichen Vorschriften über das Ausscheiden von GmbH-Gesellschaftern	4
I. Die Einziehung von Geschäftsanteilen	4
1. Voraussetzungen und Wirkungen der Einziehung nach § 34 GmbHG	4
2. Grenzen der gesetzlichen Regelung	5
II. Die Abtretung von Geschäftsanteilen	6
1. Voraussetzungen und Wirkungen der Abtretung nach § 15 GmbHG	6
2. Erschwerung der Abtretung nach § 15 V GmbHG	6
3. Grenzen der gesetzlichen Regelung	7
III. Kaduzierung und Abandon	7
IV. Die Auflösung der GmbH	8
B. Ausschließung und Austritt aus wichtigem Grund	9
I. Das doppelte Bedürfnis nach Lösung der Mitgliedschaft in weiteren besonderen Fällen	9
II. Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	11
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	11
a) zur Ausschließung	11
b) zum Austritt	11
2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	13
a) zur Ausschließung	13
b) zum Austritt	14
3. Die Ansichten in der Literatur	14

	<u>Seite</u>
III. Die Ableitung von Ausschließungs- und Austrittsrecht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen	16
1. Möglichkeit einer (ergänzenden) Auslegung des Gesellschaftsvertrages	17
2. Möglichkeit einer analogen Anwendung der Vorschriften über Ausschließung und Kündigung im Recht der Personengesellschaften (Einzelanalogie)	18
3. Ableitung der Rechte auf Ausschließung und Austritt aus der GmbH aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz im Wege der Gesamtanalogie	22

Zweiter Teil (Hauptteil)

Zulässigkeit, Zweckmäßigkeit und inhaltliche Grenzen von Abfindungsvereinbarungen in der ursprünglichen Satzung der GmbH

A. Die Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen in der Satzung	25
I. Der notwendige Inhalt des Gesellschaftsvertrages nach § 3 I GmbHG	25
II. Der zulässige Inhalt des Gesellschaftsvertrages	26
1. Normativbestimmungen und Satzungsautonomie im Recht der GmbH	26
2. Ergebnis	28
B. Die Zweckmäßigkeit von Abfindungsvereinbarungen	28
I. Die Abfindung auf gesetzlicher Grundlage	29
1. Abfindung zum vollen Wert des Geschäftsanteils	29
a) bei Ausschließung	29
b) bei Austritt	29
2. Bewertungsmaßstäbe für die Ermittlung des vollen Wertes	30
a) Substanzwert (Vermögenswert)	31
b) Firmenwert	33
c) Ertragswert	34

	<u>Seite</u>
d) Mittelwert	35
e) Gesamtwert, Wert des Geschäftsanteils	35
II. Abfindungsvereinbarung als geeignetes Mittel zur Vermeidung einer nachteiligen Abfindung auf gesetzlicher Grundlage	36
1. Relativität der Bewertungsregeln und Prozeßrisiko	36
2. Zweckmäßigkeit vertraglicher Abfindungsbestimmungen mit einfach zu handhabenden Bewertungsmaßstäben	37
a) Nennwert, modifizierter Nennwert, Steuerwert	37
b) Ungleichwertigkeit der Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert	38
C. Inhaltliche Grenzen der Vertragsfreiheit bei der Bestimmung der Abfindung in der Satzung	40
I. Übersicht	40
II. Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	41
1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	41
2. Die Meinungen von HUECK und SUDHOFF	44
a) Die Ansicht von HUECK	44
aa) Pfändung eines Geschäftsanteils	44
bb) Austritt aus der GmbH	44
cc) Ausschließung aus der GmbH	45
b) Die Ansicht von SUDHOFF	46
aa) Pfändung eines Geschäftsanteils	46
bb) Ausschließung, Austritt aus der GmbH	47
3. Andere Meinungen in der Literatur	47
a) Pfändung eines Geschäftsanteils	48
b) Ausschließung und Austritt aus der GmbH	48
4. Ergebnis	51
III. Die Abfindung zum nicht vollwertigen Entgelt des Geschäftsanteils (insbesondere zum Nennwert oder Steuerwert)	52
1. Der Grundsatz der Vertragsautonomie und seine allgemeinen Grenzen	52

2. Unzulässige wirtschaftliche Erschwerung des Austritts aus der GmbH	54
a) Die Rechtslage bei den Personengesellschaften, insbesondere bei der OHG	55
aa) gesetzliche Bestimmungen	55
bb) Wirtschaftlich unzumutbare Erschwerung der Kündigung	55
cc) Stellungnahme	57
dd) Ergebnis	62
b) Anwendbarkeit der für die Personengesellschaften geltenden Vorschriften im Recht der GmbH	62
aa) Abgrenzung nach der Möglichkeit einer anderweitigen Beendigung der Mitgliedschaft durch Veräußerung des Geschäftsanteils	63
aaa) Keine Erschwerung des Austrittsrechts bei freier Abtretbarkeit (gesetzliche Regel)	64
bbb) Wirkungen von Verbot und Erschwerung der Abtretung (Regel in der Praxis)	65
bb) Abgrenzung nach dem Geltungsbereich abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen	66
aaa) Ungleichwertige Abfindung in allen Fällen des Ausscheidens aus der GmbH	67
bbb) Ungleichwertige Abfindung in einzelnen Fällen, namentlich bei Austritt, Ausschließung und Pfändung	69
cc) Abgrenzung nach der Art des durch die Abfindungsklausel betroffenen Austrittsrechts	71
aaa) Recht zum Austritt aus wichtigem Grund	72
bbb) Satzungsmäßiges Austrittsrecht	72
dd) Kurze Zusammenfassung	74
ee) Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung der Kündigungs- und Austrittstatbestände aufgrund des gesetzlichen Typus der GmbH als Kapitalgesellschaft	75
aaa) Unterschiedliche rechtliche Behandlung personenrechtlicher und vermögensrechtlicher Bindungen	77
bbb) Der gesetzliche Normaltypus der GmbH	78

	<u>Seite</u>
ccc) Der Normaltypus der GmbH in der Rechtswirklichkeit	80
ddd) Der personenbezogene Typus der GmbH als Grundlage für das Analogieproblem	85
ff) Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung der Kündigungs- und Austrittstatbestände aus formellen Gründen	86
c) Zusammenfassendes Ergebnis von 2	88
3. Unzulässige Verhängung von Strafmaßnahmen für die Fälle der Ausschließung aus der GmbH	89
a) Der Strafgedanke und das Zivilrecht	90
aa) Schadensersatzrecht	91
bb) Vertragsstrafe	92
cc) Vereinsstrafe	92
b) Die Rechtsnatur der Vereinsstrafe	93
c) Möglichkeit einer Verhängung von Vereinsstrafen durch die GmbH?	94
d) Abfindung zum ungleichwertigen Entgelt als Schadensersatz oder Vertragsstrafe	98
aa) Schadensersatz	98
bb) Vertragsstrafe	98
e) Zusammenfassendes Ergebnis von 3	101
D. Zusammenfassung und Ergebnis des 2. Teils (Hauptteil)	102

Dritter Teil

<u>Die Voraussetzungen einer nachträglichen Einführung von abfindungsbeschränkenden Vereinbarungen im Wege der Satzungsänderung</u>	105
---	-----

A. Der Mehrheitsgrundsatz und seine Grenzen	105
I. Das Mehrheitsprinzip als gesetzliche Regel im GmbH-Recht	105
II. Modifizierung und Grenzen des Mehrheitsprinzips im GmbH-Gesetz	106
III. Schutz der Minderheit vor Beeinträchtigung mitgliedschaftlicher Rechte	107

	<u>Seite</u>
B. Das Erfordernis der Zustimmung aller beteiligten Gesellschaftler bei der Verkürzung oder Entziehung des Anspruchs auf Abfindung	110
I. Darstellung der Interessenlage	110
II. Zustimmungserfordernis bei Beeinträchtigung von Sonderrechten	112
III. Zustimmungserfordernis bei der Beeinträchtigung von unentziehbaren Rechten	113
1. Unentziehbare (unverzichtbare) Rechte, die sich aus dem Wesen der GmbH ergeben	113
2. Unentziehbare Rechte nach dem GmbH-Gesetz	118
3. Unentziehbare Rechte nach dem Gesellschaftswillen	124
4. "Gläubigerrechte" als unentziehbare Rechte	124
IV. Zustimmungserfordernis nach § 53 III GmbHG	126
1. Direkte Anwendung von § 53 III GmbHG	126
a) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	127
b) Auslegung des Begriffs der Leistungvermehrung	129
aa) Ziel und Grundsätze der Auslegung	129
bb) Auslegung des § 53 III GmbHG	130
2. Entsprechende Anwendung von § 53 III GmbHG	133
a) Übereinstimmung der Interessenlage bei Vermehrung der Leistungspflichten und Verkürzung des mitgliedschaftlichen Abfindungsrechts	134
b) Maßgeblichkeit der übereinstimmenden Interessenlage für die rechtliche Wertung des Gesetzgebers in § 53 III GmbHG	136
c) Anwendung des § 53 III GmbHG zugrundeliegenden allgemeinen Prinzips auf den Fall der Abfindungsbeschränkung	138
d) Bestätigung des gefundenen Ergebnisses durch Anwendung auf den Fall der Abfindungsbeschränkung im Wege der Einführung von Vertragsstrafen	139

Literaturverzeichnis

- | | |
|---------------------|--|
| Andörfer, Adolf | Ausschluß und Beschränkung des
Kündigungsrechts bei Personenge-
sellschaften,
Köln 1967 |
| Ballerstedt, Kurt | 75 Jahre GmbH-Gesetz,
in: GmbH-Rdsch. 1967, 66-71 |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch,
16. Aufl., München und Berlin 1964 |
| Baumbach-Hueck | GmbH-Gesetz,
12. Aufl., München und Berlin 1966 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung,
28. Aufl., München und Berlin 1965 |
| Boehmer, Gustav | Einführung in das Bürgerliche
Recht,
2. Aufl., Tübingen 1965

Grundlagen der Bürgerlichen Rechts-
ordnung, Erstes Buch, Das bürgerli-
che Recht als Teilgebiet der Ge-
samtrechtsordnung, Tübingen 1950 |
| Brodmann, Erich | Gesetz, betreffend die Gesell-
schaften mit beschränkter Haftung,
Kommentar, 2. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1930 |
| Dilcher, Hermann | Typenfreiheit und inhaltliche Ge-
staltungsfreiheit bei Verträgen,
in: NJW 1960, 1040-1043 |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch,
II. Band, 2. Hälfte,
§§ 105-177, 335-342,
erläutert von Flechtheim,
3. Aufl.,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 |
| Eder, Karl | Rechtsvergleichende Gedanken zur
GmbH-Reform,
in: GmbH-Rdsch. 1966, 135-139 |

- Engisch, Karl Einführung in das Juristische Denken,
2. Aufl., Stuttgart 1959
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Halbband,
15. Aufl., Tübingen 1960
- Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen,
Amtliche Ausgabe, Berlin 1891
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I und II,
3. Aufl., Münster 1962
- Feine, Hans-Erich Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band 3, 3. Abt.,
herausgegeben von Victor Ehrenberg,
S. 1-694
- Fichtner, Dieter Austritt und Kündigung bei der GmbH,
in: BB 1967, 17-18
- Kaduzierung, Einziehung und Ausschließung bei der GmbH,
in: BB 1966, 146-149
- Fischer, Robert Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz,
in: GmbH-Rdsch. 1953, 131-137
- Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem,
in: Festschrift für W. Schmidt,
Berlin 1959, S. 117-137
- Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils,
in: GmbH-Rdsch. 1961, 21-27

- Geßler, Ernst Probleme der GmbH-Rechtsreform,
in: GmbH-Rdsch. 1966, 102-112
- Gierke, Otto von Das deutsche Genossenschaftsrecht,
Band 1, Rechtsgeschichte der deut-
schen Genossenschaft, Berlin 1868,
Nachdruck Darmstadt 1954
- Grossfeld, Bernhard Die Privatstrafe,
Ein Beitrag zum Schutz des allge-
meinen Persönlichkeitsrechts,
Frankfurt/Berlin 1961
- Hachenburg, Max Kommentar zum Gesetz betreffend
die Gesellschaften mit beschränk-
ter Haftung,
Erster Band (§§ 1 - 34),
6. Aufl., Berlin 1956,
Zweiter Band (§§ 35 - 84),
6. Aufl., Berlin 1959
- Hartmann, Bernhard Der Ausschluß eines GmbH-Gesell-
schafters,
in: GmbH-Rdsch. 1962, 5-10
- Hax, Karl Die Bilanz der Unternehmung,
in: JuS 1963, 424 ff, 465 ff;
JuS 1964, 11 ff, 93 ff,
132 ff, 178 ff,
224 ff, 263 ff
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handels-
gesellschaft,
3. Aufl., Berlin 1964
- Die Bedeutung der Zwangsamorti-
sation von Geschäftsanteilen für
die Sicherung einer Finanzie-
rungs-GmbH,
in: Betrieb 1957, 37-40
- Gesellschaftsrecht,
13. Aufl., München und Berlin 1965
- Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen
Behandlung im Privatrecht,
München und Berlin 1958

- Ihering, Rudolph von Das Schuldmoment im römischen
Privatrecht,
in: Vermischte Schriften juristi-
schen Inhalts,
Leipzig 1879, S. 155-240
- Knur, Alexander Fragen der GmbH-Reform,
in: DNotZ 1961, 299-312
- Knöchlein, Gerhard Abfindungsvereinbarungen bei
Personalhandelsgesellschaften,
in: DNotZ 1960, 452-475
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts,
I. Band, Allgemeiner Teil,
7. Aufl., München und Berlin 1964
- Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Lehmann, Heinrich Gesellschaftsrecht,
2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
- Limbach, Jutta Die beschränkte Haftung in Theo-
rie und Wirklichkeit,
in: GmbH-Rdsch. 1967, 71-75
- Theorie und Wirklichkeit der
GmbH,
Berlin 1966
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Verwaltung, Konzerngewalt und
Rechte der Aktionäre,
Karlsruhe 1958
- Merkel, Kurt Kündigung einer auf unbestimmte
Zeit geschlossenen OHG,
in: NJW 1961, 2004-2005
- Meyer-Cording, Ulrich Die Vereinsstrafe,
Tübingen 1957
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für
das Deutsche Reich,
Band II, Recht der Schuldverhält-
nisse, Amtliche Ausgabe,
Berlin und Leipzig 1888

- Müller-Erzbach, Rudolf Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln/Zürich/Köln 1948
- Obermüller, Karlheinz Zur Einziehung von Geschäftsanteilen der GmbH, in: Betrieb 1961, 598-599
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, 3. Aufl. 1927
- Zur Lehre von der Vertragsstrafe, in: Recht 1913, Sp. 186-193
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 26. Aufl., München und Berlin 1967
- Pleyer, Klemens Einziehung von GmbH-Anteilen durch Satzungsbestimmung, in: GmbH-Rdsch. 1960, 124-125
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl.,
I. Band, 1. Teil, Allgemeiner Teil, Berlin 1959,
I. Band, 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1960,
II. Band, 2. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705-853, Berlin 1960

- Römer, Gustav Die Gestaltung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach geltendem und kommandem Recht, in: DNotZ 1961, Sonderheft Deutscher Notartag 1961, S. 49-78
- Schlegelberger-Geßler Handelsgesetzbuch, 2. Band, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
- Scholz, Franz Ausschluss und Austritt aus der GmbH, 3. Aufl., Köln 1950
- Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5., mit einem Nachtrag versehene Aufl., Köln 1964
- Scholz-Fischer Klein-Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl., Köln 1962
- Schuler, Hans Die Pfändung von GmbH-Anteilen und die miterfaßten Ersatzansprüche, in: NJW 1960, 1423-1429
- Einziehung gepfändeter GmbH-Anteile, in: NJW 1961, 2281-2283
- Einziehung von GmbH-Anteilen kraft Satzung, in: GmbH-Rdsch. 1962, 114-117
- Simon, Jürgen Einziehung eines gepfändeten Geschäftsanteils nur gegen vollwertiges Entgelt?, in: GmbH-Rdsch. 1961, 137-140
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., I. Band, Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse Allgemeiner Teil, Stuttgart 1959, II. Band, Einzelne Schuldverhältnisse, Stuttgart 1962

Staudinger, Julius von

- Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
I. Band, Allgemeiner Teil,
erläutert von Brändl und
Coing,
11. Aufl., Berlin 1957
II. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse,
1. Teil, §§ 241-432,
erläutert von Werner,
9. Aufl., München und Berlin
1930
II. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse,
Teil 1 b, § 242,
erläutert von Weber,
11. Aufl., Berlin 1961
II. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse,
Teil 4, Lieferung 1,
Einzelne Schuldverhältnisse,
§§ 705-740, erläutert von
Keßler,
11. Aufl., Berlin 1958

Sudhoff, Heinrich

Anteilsbewertung und GmbH-Statut,
in: Betrieb 1962, 1595-1598

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH,
München und Berlin 1964,
zit.: GmbH-Vertrag

UEC-Richtlinien

Die Bewertung von Unternehmungen
und Unternehmensanteilen,
Richtlinien ausgearbeitet von
einer Studienkommission der Union
Européenne des Experts Comptables,
Economiques et Financiers (U.E.C.),
Düsseldorf 1961

Vogel, Hermann

GmbH-Gesetz, Kommentar,
2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1956

Weipert, Otto

Kommentar zum Handelsgesetzbuch
(Früher herausgegeben von Mitglie-
dern des Reichsgerichts),
2. Band (§§ 105-177, §§ 335-342),
bearbeitet von Otto Weipert,
2. Aufl., Berlin 1950,
zit.: RGR Komm z. HGB

- Westermann-Scherpf-Paulick-
Bulla-Hackbeil Handbuch der Personengesellschaften,
Systematische Darstellung in gesellschaftsrechtlicher, betriebswirtschaftlicher, steuerrechtlicher und arbeitsrechtlicher Sicht,
Köln 1967
- Wilke-Berg-Gottschling-
Kunkel-Köhler Handbuch der GmbH,
Praktische Rechtshilfe für die Organe der GmbH und ihre Berater,
2. Aufl., Köln 1961
- Wolany, Josef Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH,
Köln 1964
- Würdinger, Hans Aktien- und Konzernrecht,
2. Aufl., Karlsruhe 1966

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
aE	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz 1965
AktG 37	Aktiengesetz 1937
a.M.	anderer Meinung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BewÄndG	Bewertungsänderungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen (amtl. Sammlung)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbH-Rdsch.	Rundschau für GmbH
GrZS	Großer Zivilsenat
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KartVO	Kartellverordnung

KG	Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
LM	Lindenmaier-Möhring, Das Nachschlagewerk des Bundesge- richtshofs in Zivilsachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
N.	Fußnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr	Die Rechtsprechung der Oberlan- desgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtl. Sammlung)
StGB	Strafgesetzbuch
WarnRspr	Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

In den Fällen der Ausschließung und des Austritts einzelner Gesellschafter aus der GmbH ist es notwendig, den Geschäftsanteil des Ausscheidenden zu bewerten und danach die Abfindung zu bestimmen.

Die Frage, mit welchem Entgelt ein ausscheidender Gesellschafter abzufinden sei, ist zwar für die GmbH nicht von ebensolcher Bedeutung wie für die Personengesellschaften; denn die Geschäftsanteile der GmbH sind frei abtretbar, und ein Gesellschafter kann durch schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Erwerber - regelmäßig ist das ein Kaufvertrag - den Gegenwert des Anteils zu erzielen suchen. Maßgebend ist dann die Abrede unter den Vertragsparteien.

Ist jedoch die Abtretung der Geschäftsanteile durch die Satzung erschwert oder ganz ausgeschlossen, so kann sich ein einzelner Gesellschafter nur durch Austritt aus der GmbH von seiner Mitgliedschaft lösen. Bei Bewertung und Abfindung ist er auf die Mitwirkung der Gesellschaft angewiesen.

Die Möglichkeit der Abtretung und freien Vereinbarung des Veräußerungsentgelts für den Geschäftsanteil entfällt - über Verbot und Erschwerung hinaus - auch dann, wenn ein Gesellschafter gegen seinen Willen aus der GmbH ausgeschlossen werden soll.

Die Satzungen der Gesellschaften enthalten daher zum Teil Bestimmungen, nach denen die Bewertung des Geschäftsanteils und Abfindung eines Gesellschafters im Falle seines Ausscheidens durch Austritt und Ausschließung (aber auch bei Pfändung oder Einziehung des Geschäftsanteils aus anderen Gründen) vorzunehmen sind. Dabei wird vielfach an feststehende Bewertungsmaßstäbe angeknüpft und z.B. eine Abfindung zum Nennwert oder Steuerwert des Anteils vorgesehen. Eine solche Abfindung hat für die Gesellschaft den Vorteil einfacher Berechnung, für den einzelnen Gesellschafter aber den Nachteil, daß sie in aller Regel ungleichwertig ist; denn der Nennwert stimmt mit dem wirklichen Wert des Geschäftsanteils fast niemals überein, ja er macht oft nur einen Bruchteil dieses Wer-

tes aus. Erhebliche Vermögenseinbußen des Ausscheidenden sind die notwendige Folge¹⁾.

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, ob und in welchen Grenzen die Gesellschafter einer GmbH de lege lata²⁾ für die Fälle der Ausschließung und des Austritts die Abfindung vertraglich regeln können, konkret: ob Satzungsbestimmungen zulässig sind, nach denen die Abfindung zu einem dem wirklichen Wert des Geschäftsanteils nicht entsprechenden Entgelt erfolgen soll.

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Rechtslehre hat keine Bedenken, dies zu bejahen. Sogar die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils ist nach ihr fast uneingeschränkt zulässig³⁾.

Namentlich in der unzureichenden Abfindung für die Fälle des Austritts aus der GmbH kann jedoch eine unzulässige, gegen zwingende Normen verstoßende Beschränkung des Austrittsrechts liegen. Ob dies zutrifft, hängt freilich davon ab, wovon sich die Rechte auf Austritt und Ausschließung aus der GmbH, die vom Gesetz nicht vorgesehen, jedoch von Rechtsprechung und Literatur unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt sind, ableiten. Nach ihren rechtlichen Grundlagen ist mithin zunächst zu fragen (1. Teil). Sind diese - was naheliegt - im Recht der Personengesellschaften zu suchen, so ist zu prüfen, ob das dort zwingend vorgeschriebene Verbot von Ausschluß und Beschränkung des Kündigungsrechts für die Fälle des Ausscheidens aus der GmbH entsprechend zu gelten hat. Diese Frage stellt sich - unter ähnlichen Gesichtspunkten - auch dann, wenn Austritts- und Ausschließungsrecht eine vom Recht der Personengesellschaften verschiedene Rechtsquelle haben.

1) KNUR: DNotZ 1961, 299(308) meint daher, ein Reformgesetzgeber, der sich entschlöße, eine gesetzliche Regelung von Ausschließung und Austritt einzuführen, könne an dieser Abfindungspraxis mit ungleichwertigen Entgelten nicht vorbegehen. Hier liege eine der Hauptaufgaben der Reform.

2) Wann und in welcher Weise eine Reform des GmbH-Gesetzes stattfinden wird, ist derzeit trotz intensivierter Reformbestrebungen noch ungewiß.

3) S. im einzelnen unten S. 41 ff.

Für die Fälle der Ausschließung aus der GmbH ist der weitere Aspekt bedeutsam, ob in der unzureichenden Abfindung eine Bestrafung des ausscheidenden Gesellschafters liegt, die möglicherweise vom Recht nicht anerkannt werden kann.

Diesem Fragenkreis insgesamt ist der Hauptteil der Untersuchung gewidmet, in dem es um Zulässigkeit, Zweckmäßigkeit und inhaltliche Grenzen vertraglicher Abfindungsklauseln in der Satzung geht (2. Teil).

Schließlich soll untersucht werden, ob abfindungsbeschränkende Satzungsbestimmungen - soweit sie inhaltlich zulässig sind - nachträglich durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß eingeführt werden können oder der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bedürfen (3. Teil). Diese Frage steht mit dem Hauptgegenstand der Untersuchung im Zusammenhang. Sie ist auch - wie dieser - von erheblicher praktischer Bedeutung.

Erster Teil

Die rechtlichen Grundlagen von Ausschließung und Austritt aus der GmbH

A. Die gesetzlichen Vorschriften über das Ausscheiden von GmbH-Gesellschaftern

Ausscheiden aus der GmbH bedeutet Verlust des Geschäftsanteils als des Inbegriffs aller mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, also Beendigung der Mitgliedschaft. Das GmbH-Gesetz (GmbHG) kennt als Möglichkeit der Trennung eines Gesellschafters von seinem Geschäftsanteil die Einziehung, die Abtretung, die Kaduzierung, das Abandon und die Auflösung¹⁾.

I. Die Einziehung von Geschäftsanteilen

1. Voraussetzungen und Wirkungen der Einziehung nach § 34 GmbHG

Einziehung ist Vernichtung des Gesellschafterrechts durch die GmbH²⁾. Sie darf nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist, § 34 I GmbHG, ohne Zustimmung des Anteilsberechtigten (sog. Zwangsamortisation) nur dann, wenn ihre Voraussetzungen bereits vor dem Erwerb des Anteils durch den Berechtigten in der Satzung festgelegt waren, § 34 II GmbHG. Bestimmt also z.B. die Satzung, daß der Geschäftsanteil eines Gesellschafters einzuziehen ist, der in grober Weise die Interessen der Gesellschaft verletzt, und tritt dieser Tatbestand ein, so fassen die übrigen Gesellschafter einen Beschluß, wonach der betroffene Gesellschafter seines Geschäftsanteils zwangsweise für verlu-

1) Daneben kann sich diese Trennung vollziehen durch Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung (§§ 857, 854). Der Geschäftsanteil kann auch durch Gesamtnachfolge nach den Vorschriften des Erbrechts (§§ 1922 ff BGB) auf andere Personen übergehen, sofern nicht - was zulässig ist (BAUMBACH-HUECK, § 15 Anm. 1 A) - die Vererbung in der Satzung ausgeschlossen worden war.

2) BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 1 A.

stig erklärt wird. Mit der Mitteilung des Beschlusses an ihn geht der Geschäftsanteil unter; die Mitgliedschaft endet¹⁾.

2. Grenzen der gesetzlichen Regelung

Dieses Verfahren der Einziehung ist ein geeigneter Behelf, um einen unliebsamen Gesellschafter aus der GmbH auszuschließen. Es versagt jedoch, wenn die Voraussetzungen einer Zwangsamortisation nicht im einzelnen bis zu dem nach § 34 II GmbHG maßgebenden Zeitpunkt in der Satzung festgelegt worden waren.

Die Einziehung nach § 34 GmbHG ist andererseits kein geeignetes Mittel für einen Gesellschafter, der von sich aus durch Austritt aus der GmbH die Mitgliedschaft beenden will: Die Amortisation ist eine einseitige Handlung der Gesellschaft²⁾ und bedarf i.d.R. eines Beschlusses der Gesellschaftsmehrheit, §§ 46 Z. 4, 47 I GmbHG. Gegen den Willen dieser Mehrheit kann ein einzelner Gesellschafter die Einziehung seines Geschäftsanteils nicht erreichen; denn die übrigen Gesellschafter sind nicht verpflichtet, den Einziehungsbeschluß zu fassen³⁾. Selbst wenn die Satzung die Voraussetzungen eines Austritts aus der GmbH regelt (meist in Anlehnung an die Rechtsbehelfe im Recht der Personengesellschaften als "Kündigung" bezeichnet), kann der austrittswillige Gesellschafter die Gesellschaftsversammlung zu einer Beschlußfassung über die Einziehung seines Geschäftsanteils nicht zwingen. Namentlich eine Verurteilung der Gesellschafter, über die Einziehung zu beschließen, scheidet aus, weil sie in unzulässiger Weise in die körperschaftliche Willensbildung eingreift⁴⁾. Dem Gesellschafter bleibt allein die Möglichkeit, die Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen⁵⁾.

-
- 1) Über die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters bestimmt § 34 GmbHG nichts. In der Regel erfolgt die Einziehung gegen Entgelt; nach h.M. ist sie - entsprechend einer Vereinbarung in der Satzung - auch unentgeltlich möglich (BAUMBACH-HUECK, § 34 Anm. 2 B; HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 6 u. 25; SCHOLZ, § 34 Anm. 9 u. 10).
 - 2) RG JW 1934, 977; BAUMBACH-HUECK, § 34 Anm. 3 A; SCHOLZ, § 34 Anm. 8.
 - 3) SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, S. 5.
 - 4) S.a. RGZ 165, 68(78).
 - 5) SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, S. 5.

II. Die Abtretung von Geschäftsanteilen

1. Voraussetzungen und Wirkungen der Abtretung nach § 15 GmbHG

Nach § 15 I GmbHG sind die Geschäftsanteile einer GmbH grundsätzlich frei veräußerlich¹⁾, im Gegensatz zu den Anteilen an Personengesellschaften, deren Abtretung ausnahmsweise nur dann erlaubt ist, wenn sie im Gesellschaftsvertrage vereinbart worden war²⁾. Dem austrittswilligen Gesellschafter steht es danach frei, durch Einigung mit einem Erwerbswilligen seinen Geschäftsanteil auf diesen zu übertragen und damit die Mitgliedschaft in der GmbH zu beenden. Liegt der Abtretung - wie in der Regel - ein Kaufvertrag zugrunde, so wird sich der Gesellschafter als Verkäufer mit dem Erwerber über einen Kaufpreis einigen, der dem tatsächlichen (oder vorgestellten) Wert³⁾ seines Anteils entspricht. An die Mitwirkung der Gesellschaft und bestimmte Bewertungsvorschriften ist er grundsätzlich nicht gebunden.

2. Erschwerung der Abtretung nach § 15 V GmbHG

Nach § 15 V GmbHG kann jedoch - wovon insbesondere bei Gesellschaften mit beschränkter Mitgliederzahl und personalistischer Struktur regelmäßig Gebrauch gemacht wird - die Abtretung der Geschäftsanteile durch Vereinbarung in der Satzung erschwert werden, z.B. dadurch, daß sie von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht wird. Dem veräußerungswilligen Gesellschafter steht dann ein Anspruch auf Erteilung dieser Genehmigung nicht zu⁴⁾. Ist die Abtretung der

1) BAUMBACH-HUECK, § 15 Anm. 1 A.

2) PALANDT-GRAMM, § 717 Anm. 1 a; § 719 Anm. 2 b; BAUMBACH-DUDEN, § 124 Anm. 2 A u. B; SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 105 Anm. 36.

3) Auf die Schwierigkeiten der Bewertung des Geschäftsanteils und die verschiedenen Möglichkeiten der Wertermittlung ist an dieser Stelle nicht einzugehen, s. dazu unten S. 30 ff.

4) H.M.: HACHENBURG-SCHILLING, § 15 Anm. 55; SCHOLZ, Ausschlusß und Austritt, S. 4; FEINE, S. 385. Mit HUECK (BAUMBACH-HUECK, § 15 Anm. 5 D) ist ein solcher Anspruch jedoch zuzubilligen, wenn die Versagung der Genehmigung schikanös (§ 226 BGB), sittenwidrig (§§ 138, 836 BGB)

Geschäftsanteile in der Satzung ausgeschlossen worden - was § 15 V GmbHG nicht ausdrücklich vorsieht, nach herrschender Lehre¹⁾ jedoch möglich ist -, so kann ein austrittswilliger Gesellschafter sich auf diesem Wege nicht mehr von seiner (vielleicht für ihn untragbar gewordenen) Mitgliedschaft in der GmbH trennen.

3. Grenzen der gesetzlichen Regelung

Machen Erschwerung oder Ausschluß der Abtretung es einerseits dem austrittswilligen Gesellschafter unmöglich, auf seinen eigenen Entschluß hin aus der GmbH auszuschcheiden, so ist andererseits die Gesellschaft außerstande, einen mißliebig gewordenen Gesellschafter zur Abtretung seines Geschäftsanteils zu zwingen²⁾. Der austrittswillige Gesellschafter kann also nicht durchweg zum Mittel der Abtretung seines Geschäftsanteils greifen, und die GmbH, die sich von einem nicht mehr tragbaren Mitglied trennen möchte, kann das (grundsätzlich) nicht, weil die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Mitgliedschaftsrechts von dem freien Willen ihres Inhabers abhängig ist.

III. Kaduzierung und Abandon

Nach § 21 GmbHG kann ein Gesellschafter, der seiner Pflicht zur Einzahlung auf die Stammeinlage nicht nachgekommen ist und auch auf erneute Aufforderung und Fristsetzung unter Androhung der Ausschließung nicht leistet, mit seinem Geschäftsanteil aus der GmbH ausgeschlossen werden. Dies ist

oder treuwidrig (§ 242 BGB) wäre. - Wird die Erteilung der Genehmigung davon abhängig gemacht, daß als Entgelt für die Veräußerung nur ein bestimmter Höchstbetrag, z.B. der Nennwert des Geschäftsanteils gezahlt wird (s. dazu unten S. 66), so ergibt die Auslegung der Satzung i.d.R., daß dem Gesellschafter unter dieser Voraussetzung ein klagbarer Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung zusteht.

- 1) RGZ 80, 175; BAUMBACH-HUECK, § 15 Anm. 1 A; SCHOLZ, § 15 Anm. 42; FEINE, S. 370; FISCHER: GmbH-Rdsch. 1953, 135; einschränkend HACHENBURG-SCHILLING, § 15 Anm. 2.
- 2) Etwas anderes gilt nur, wenn der Gesellschafter sich in der Satzung unter bestimmten Voraussetzungen zur Abtretung seines Anteils verpflichtet hat.

der einzige Fall eines im GmbH-Gesetz vorgesehenen Ausschließungsrechts der Gesellschaft. Es enthält Strafelemente, weil seine Ausübung für den säumigen Gesellschafter mit der Verwirkung aller Rechte und dem Verlust etwa geleisteter Teilzahlungen verbunden ist¹⁾. Aus diesem Grunde ist es nur unter den engen, in § 21 GmbHG bestimmten Voraussetzungen realisierbar.

Für den Fall, daß die Satzung der GmbH die unbeschränkte Nachschußpflicht vorsieht, gewährt § 27 GmbHG den Gesellschaftern ein Preisgaberecht (Abandon), durch dessen Ausübung sie sich einer unbeschränkten Haftung entziehen können. Mit dem Verkauf des zur Verfügung gestellten Geschäftsanteils endet die Mitgliedschaft des Gesellschafters. Auch dieses, für einen ganz besonderen Fall vorgesehene Recht des Austritts aus der GmbH bleibt grundsätzlich an die in § 27 GmbHG aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen geknüpft. Seine Ausübung etwa für den Fall, daß ein Gesellschafter sich von unerträglich gewordenen Nebenleistungspflichten nach § 3 II GmbHG frei machen will, wäre allenfalls in entsprechender Anwendung von § 27 GmbHG möglich²⁾.

IV. Die Auflösung der GmbH

Nach §§ 60 I Nr. 3, 61 GmbHG kann die GmbH durch gerichtliches Urteil aufgelöst werden, wenn "in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind". Die Auflösungsklage kann nur von Gesellschaftern erhoben werden, die für sich allein oder zusammen über mindestens 10 % des Stammkapitals verfügen, § 61 II 2 GmbHG. Auf wichtige Gründe, die nicht in den Verhältnissen der Gesellschaft, sondern der Gesellschafter bestehen, kann die Klage nicht gestützt werden³⁾. Nur unter sehr engen Voraussetzungen kann sich daher ein Gesellschafter durch Auflösungsklage von der GmbH trennen, und dann nur mit der Wirkung, daß die GmbH in das Liquidationsstadium eintritt und

1) HACHENBURG-SCHMIDT, § 21 Einleitung; SCHOLZ, § 21 Anm. 2.

2) Diese wird vom Reichsgericht (RGZ 128, 1 ff(16)) bejaht, s.u. S. 11/12.

3) BAUMBACH-HUECK, § 61 Anm. 2 A; SCHOLZ, § 61 Anm. 9-11.

demnächst endet. Die Auflösung der GmbH wird daher als äußerstes Mittel angesehen und versagt, wenn der Gesellschafter seinen Geschäftsanteil durch Abtretung veräußern oder auf andere Weise aus der GmbH austreten kann¹⁾.

Die Auflösung ist andererseits kein geeignetes Mittel, einen untragbar gewordenen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen. Weil die aufgelöste GmbH nur noch solange fortbesteht, wie Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, würden die übrigen Gesellschafter "den Ast absägen, auf dem sie selbst sitzen".

B. Ausschließung und Austritt aus wichtigem Grund

I. Das doppelte Bedürfnis nach Lösung der Mitgliedschaft in weiteren besonderen Fällen

Schon die bisherige Übersicht zeigt, daß die gesetzlichen Bestimmungen des GmbH-Gesetzes über das Ausscheiden von Gesellschaftern den in der Rechtswirklichkeit der GmbH herrschenden Bedürfnissen nicht voll gerecht werden; namentlich ist ein Recht auf Ausschließung oder Austritt eines Gesellschafters aus der GmbH nur für die eng umgrenzten Ausnahmefälle der Kaduzierung, § 21 GmbHG, und Preisgabe, § 27 GmbHG, nicht aber auch in anderen Fällen vorgesehen. Dies ist die Folge davon, daß die GmbH vom Gesetzgeber des Jahres 1892²⁾ in ihrer gesetzlichen Grundform als Kapitalgesellschaft ausgestaltet worden ist, die in wesentlichen Elementen deutliche Ähnlichkeit mit der Aktiengesellschaft zeigt³⁾. Wie bei dieser - wenn auch unter den in § 15 GmbHG im einzelnen festgelegten erschwerenden Bedingungen - vollzieht sich das Ausscheiden einzelner Mitglieder typischerweise durch Veräußerung der von

1) BAUMBACH-HUECK, § 61 Anm. 1 A; SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, S. 7; HACHENBURG-SCHMIDT, § 61 Anm. 12.

2) Das GmbH-Gesetz wurde am 20. April 1892 ausgefertigt, im RGBL. vom 26. April 1892 verkündet und trat am 19. Mai 1892 in Kraft. In der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBL. 846) ist es bis heute ohne wesentliche Änderungen gültig geblieben.

3) Zum gesetzlichen Typus der GmbH s. näher unten S. 78 ff.

ihnen gehaltenen Kapitalanteile an der Gesellschaft. Daß ein Bedürfnis bestehen könnte, darüberhinaus den einzelnen Gesellschaftern ein Kündigungsrecht zu gewähren oder der GmbH die Befugnis einzuräumen, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen, wurde zunächst nicht erkannt.

Es können jedoch in einer GmbH, namentlich in einer personalistisch gestalteten, Ereignisse eintreten, die das Verbleiben eines Gesellschafters in ihr unzumutbar machen: entweder für die Gesellschaft, weil aus Gründen in der Person des Gesellschafters - z.B. schwerer Verstoß gegen gesellschaftsvertragliche Pflichten, verschwiegene Vorstrafen, bewußtes Handeln zum Nachteil der GmbH - dessen weitere Mitgliedschaft für sie untragbar geworden ist, oder für den Gesellschafter selbst, weil ein wichtiger Grund gegeben ist - z.B. ein von ihm nicht verschuldetes unheilbares Zerwürfnis der Gesellschafter, unerträgliche Belastung mit Nebenverpflichtungen -, der ein längeres Festhalten des Betroffenen an seiner Mitgliedschaft für ihn zu einer unerträglichen Belastung werden läßt.

Es besteht also ein doppeltes Bedürfnis nach Lösung der Mitgliedschaft in solchen Fällen, für die das Gesetz unmittelbar keine Handhabe bietet, z.B. weil im konkreten Falle die Voraussetzungen einer Einziehung oder Abtretung nicht gegeben sind. Dem können die Gesellschafter vorbeugen, indem sie entsprechende Rechtsbehelfe in der Satzung der GmbH vereinbaren¹⁾. Aber auch wenn die Satzung hierzu schweigt oder die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Ausschließungs- oder Austrittsrechts nicht im einzelnen umreißt²⁾, muß einmal der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben werden, einen mißliebigen, nicht mehr tragbaren Gesellschafter aus der GmbH auszuschließen, und zum andern ein einzelner Gesellschafter das Recht haben, eine für ihn unerträgliche mitgliedschaftliche Bindung einseitig durch Austritt aus der Gesellschaft zu lösen.

1) Zur Zulässigkeit solcher Vereinbarungen s.u. S. 25 ff.

2) Z.B. dann, wenn in der Satzung steht: "Wer aus der GmbH austritt oder aus ihr ausgeschlossen wird, erhält als Abfindung ...". Solche nicht selten anzutreffenden Bestimmungen setzen Austritts- und Ausschließungsrecht schon voraus, ohne sie selbst zu begründen, weil die Voraussetzungen, unter denen diese Rechte gegeben sein sollen, nicht festgelegt sind.

II. Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts

a) zur Ausschließung

Das Reichsgericht hat zuerst für die sog. Kartell-GmbH in entsprechender Anwendung von § 34 GmbHG die Ausschließung eines Gesellschafters zugelassen, der seine Beziehungen zum Kartell durch Kündigung löst¹⁾.

Unter Berufung auf SCHOLZ²⁾ wurde sodann ganz allgemein entschieden, daß eine GmbH auch ohne dahingehende Satzungsbestimmung die Möglichkeit haben müsse, sich eines Gesellschafters zu entledigen, der aus einem in seiner Person liegenden Grunde völlig untragbar geworden sei³⁾. Es sei ohne weiteres als im Sinne eines jeden Gesellschaftsvertrages liegend anzusehen, daß die Gesellschaft in Fällen unzumutbarer Belastung durch die Fortdauer der Mitgliedschaft über Mittel verfügen solle, sich hiergegen zu schützen. Zu diesem Ergebnis führe gemäß § 157 BGB die ergänzende Auslegung der Satzung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte⁴⁾.

b) zum Austritt

Die Möglichkeit des Austritts aus der GmbH ist vom Reichsgericht zwar für die Nebenleistungs-GmbH, nicht aber allgemein

1) RGZ 114, 212 ff: Durch § 8 KartVO (KartVO v. 2. Nov. 1923, RGBl. I 1067), der jedem Gesellschafter ein Recht zur sofortigen Kündigung aus wichtigem Grund gewährt, sei ein neuer Anwendungsfall des § 34 GmbHG geschaffen worden (S. 217). Von den Erfordernissen des § 34 I u. II GmbHG im einzelnen könne abgesehen werden, wenn es sich um die Ausschließung eines Gesellschafters aufgrund persönlicher Verhältnisse handle, wie z.B. bei Kündigung der Kartellpflichten, so daß der GmbH die fortdauernde Zugehörigkeit des Gesellschafters zu ihr nicht zuzumuten sei (S. 218; s.a. RGZ 125, 114(117), sog. Hefeverbandsurteil).

2) SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, 1. Aufl. 1942.

3) RGZ 169, 330(333); DR 1943, 812.

4) RGZ 169, 333/334. Das Urteil betraf die Frage der Untragbarkeit eines Gesellschafters wegen seiner Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse.

bejaht worden¹⁾. Der Gedanke - heißt es zur Begründung -, daß bei allen Dauerleistungsverhältnissen für den Verpflichteten unter Umständen eine einseitige Lösung der Bindung so oder so möglich sein müsse, durchziehe das ganze heutige Privatrecht und habe vielfach gesetzgeberischen Ausdruck gefunden. Er gelte namentlich im Gesellschaftsrecht, das dem Grundsatz von Treu und Glauben im besonderen Maße unterworfen sei und habe im GmbH-Recht in den §§ 27 und 61 GmbHG ausdrücklich Anerkennung gefunden²⁾. Werde dem Gesellschafter die Möglichkeit einer Lösung seiner Mitgliedschaft bei unzumutbarer Belastung durch die Nebenleistungspflicht auch dann versagt, wenn er sich nicht sonstwie davon freimachen könne, so sei das Ergebnis eine ewige Bindung, wie sie als Verpflichtung zu fortlaufenden Leistungen oder dauernder Unterlassung mit dem Grundgedanken des heutigen Rechts nicht vereinbar sei. Die Kündigungsmöglichkeit in solchem Falle verstoße nicht gegen das Wesen der GmbH und bedeute im Hinblick auf §§ 27, 61 GmbHG die folgerichtige Fortführung eines schon im Gesetz niedergelegten Gedankens, wenn auch im anderen rechtlichen Gewande³⁾.

In einer weiteren Entscheidung, die allerdings nicht die GmbH, sondern den Austritt aus einem Verein des Bürgerlichen Rechts betraf, führte das Reichsgericht in Anlehnung an OERTMANN⁴⁾ aus, es sei als leitender Gedanke des bürgerlichen und Handelsrechts anzuerkennen, daß ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis vor Ablauf der festgelegten Zeit gelöst werden könne, wenn ein wichtiger Grund dies erfordere. Entscheidend sei, ob ein Verbleiben in dem Verein eine unerträgliche Belastung bedeute, die dem Mitglied nicht mehr zugemutet werden könne⁵⁾.

1) RGZ 128, 1 ff.

2) RGZ 128, 16.

3) RGZ 128, 17.

4) OERTMANN, § 35 Anm. 3.

5) RGZ 130, 375(378). - Danach wird beim wichtigen Grund entscheidend auf die Nichtzumutbarkeit der Fortsetzung des Schuldverhältnisses abgestellt. Daneben ist auch der Gedanke von Treu und Glauben von Bedeutung. Die heutige Rechtsprechung bezieht sich häufig gleichzeitig auf die Begriffe "wichtiger Grund", "Nichtzumutbarkeit" und "Treu

2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

a) zur Ausschließung

Unter Berufung auf den vorgenannten allgemeinen Rechtsgrundsatz hat auch der Bundesgerichtshof entschieden, ein Gesellschafter könne bei Vorliegen eines in seiner Person gegebenen wichtigen Grundes aus einer GmbH ausgeschlossen werden, auch wenn die Satzung diese Möglichkeit nicht eröffne¹⁾. Der herangezogene Rechtsgedanke habe vielfach - so im BGB, HGB, GmbHG, GenG, in der GewO und im AktG 37²⁾ - Niederschlag gefunden und finde sich namentlich in den §§ 737 BGB, 140 HGB, welche die Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund vorsehen. Die Rechtsgrundlage der Ausschließung könne indes aus den §§ 737 BGB, 140 HGB im Wege der Analogie nicht hergeleitet werden, weil beide Bestimmungen auf die in ihnen behandelte Gesellschaftsform "zugeschnitten" seien und deshalb und wegen der bestehenden Unterschiede zur GmbH keine entsprechende Anwendung rechtfertigten³⁾.

und Glauben", so z.B. BAG: NJW 1956, 240: "Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ... ist dann anzunehmen, wenn dem einen Vertragspartner nicht zugemutet werden kann, unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben das Arbeitsverhältnis mit dem anderen Teil fortzusetzen." S.a. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 725 ff(727) sowie Anm. A 759.

- 1) BGHZ 9, 157(161).
- 2) Im einzelnen: §§ 626, 712, 723, 737 BGB, 70, 92 II, 117, 127, 133, 140, 161, 339 HGB, 38 II, 61 GmbHG, 68 GenG, 124 a, 133 b GewO, 75 III AktG 37(84 III AktG).
- 3) BGHZ 9, 161/162. - Unter Berufung auf SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, sowie DR 1942, 1667 und RGZ 164, 262; 169, 334 wird sodann das Ausschließungsrecht auch aus der Treupflicht hergeleitet, weil die Beziehungen des Gesellschafters zur GmbH und seinen Mitgesellschaftern nicht rein kapitalistisch, sondern auch persönlicher Art seien. Wer die gesellschaftlicherliche Verbundenheit zerstöre, für den sei in der GmbH kein Raum mehr. Dies gelte ohne Rücksicht darauf, daß der wichtige Grund nicht in einer Pflichtverletzung zu bestehen brauche und kein Verschulden voraussetze, sondern ebensowohl in den Eigenschaften eines Gesellschafters oder den von ihm gesetzten äußeren Umständen begründet sein könne, die sein Verbleiben in der GmbH untragbar erscheinen ließen (S. 163/164). - Unter Hinweis darauf, daß die Ausschließung nur das äußerste Mittel sein dürfe, das nur in Frage komme, wenn andere

b) zum Austritt

Aus dem Grundsatz, daß ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis vorzeitig gelöst werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, ergibt sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs¹⁾ auch ein Recht zum Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund; denn die Ausschließung des Gesellschafters entspreche der Kündigung. Dies sei in den §§ 737 BGB und 140 HGB positiv-rechtlich niedergelegt und gelte im übrigen auch im Vereinsrecht²⁾.

3. Die Ansichten in der Literatur

Auch in der Literatur hat sich - freilich mit verschiedenen Begründungen - nach anfänglichem Zögern die Meinung durchgesetzt, daß Ausschließung und Austritt aus der GmbH bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters auch ohne entsprechende Satzungsregelung zulässig sind³⁾. Grundlegend hierfür waren die Schriften von

gangbare Wege zur Beseitigung des Mißstandes nicht vorhanden seien, ist diese grundsätzliche Entscheidung später bestätigt worden (BGHZ 16, 317(322); s.a. 32, 17(30) und 35, 272(284)).

1) BGHZ 9, 157 ff.

2) BGHZ 9, 162/163 (in BGH: GmbH-Rdsch. 1962, 233 bleibt die Frage, ob ein Gesellschafter ohne entsprechende Satzungsbestimmung aus der Gesellschaft austreten kann, unentschieden). - Daß die Ausschließung der Kündigung (dem Austritt) nicht völlig entspricht, wird sich zeigen bei der Prüfung, wie weit abfindungsbeschränkende Vereinbarungen in der Satzung hinsichtlich Ausschließung oder Austritt möglich sind, s. dazu unten S. 54 ff u. 89 ff.

3) SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, 3. Aufl. 1950; ders., GmbHG, 5. Aufl. 1964, § 15 Anm. 65 u. Nachtrag 1964 zur 4. und 5. Aufl., § 15 Anm. 65; BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 1 B u. 3; HUECK: Betrieb 1951, 108; 1953, 776; ders., Gesellschaftsrecht, S. 238; LEHMANN, Gesellschaftsrecht, S. 256; VOGEL, § 34 Anm. 5; ders.: BB 1953, 460; FISCHER: Festschrift für W. Schmidt, S. 117 ff(126); ders.: LM § 34 GmbHG Nr. 1 Anmerkung; ders.: GmbH-Rdsch. 1953, 131(136); MANGOLDT: BB 1953, 399; KÜSTER: JR 1952, 455; GRUENDORF: JR 1953, 133; BERGENROTH: MDR 1951, 721; HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 18; SCHILLING: JZ 1955, 331; HARTMANN: GmbH-Rdsch. 1962, 5; MEZGER: GmbH-Rdsch. 1963/64; FICHTNER: BB 1966, 146; ders.: BB 1967, 17; WOLANY, S. 93-96, 99-100. A.M. HACHENBURG in HACHENBURG, Anhang I zu § 3; MASUR: NJW 1949, 407; BUCHWALD: BB 1953, 447.

SCHOLZ¹⁾, der sich darauf beruft, daß das Erfordernis der Berücksichtigung des wichtigen Grundes zu einem Grundgedanken der Rechtsordnung geworden sei²⁾. Richtungweisend sei der Grundsatz von Treu und Glauben, und es komme nur darauf an, ob nachträglich Umstände einträten, welche die weitere vertragliche Bindung nach Treu und Glauben nicht mehr als zumutbar erscheinen ließen. Die Lösungsmöglichkeit in solchen Fällen sei zugleich ein Erfordernis von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit³⁾. Indes stützt SCHOLZ besonders das Ausschließungsrecht auf § 34 GmbHG, indem er den wichtigen Grund den gesetzlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift gleichstellt (Gesetzesanalogie). Jede Satzung enthalte als ungeschriebenen Bestandteil den Satz, daß die Gesellschaft ein Mitglied durch Einziehung des Geschäftsanteils oder Verlangen seiner Abtretung ausschließen könne, wenn in der Person des Gesellschafters wichtige Gründe vorlägen, aus denen seine weitere Mitgliedschaft untragbar für die GmbH sei⁴⁾.

Die Mehrzahl der übrigen Autoren zieht dagegen zur Begründung der Rechte auf Ausschließung und Austritt aus wichtigem Grund allein das auch vom Bundesgerichtshof zur Entscheidungsgrundlage erhobene allgemeine Rechtsprinzip heran⁵⁾. Jedoch will HUECK⁶⁾ namentlich das Recht auf die Ausschließung auf eine

-
- 1) SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, 1.-3. Aufl.; ders., Der Austritt aus der GmbH, 1931; s.a. DR 1942, 1667; GmbH-Rdsch. 1951, 86 u. 1952, 17.
 - 2) SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, S. 19/20.
 - 3) SCHOLZ, a.a.O., S. 21/22. - Ferner wird die Möglichkeit vorzeitigen Ausscheidens aus der Treupflicht der Gesellschafter abgeleitet (S. 22), s.a.o. S. 13 N. 3.
 - 4) SCHOLZ, a.a.O., S. 32; ders. § 34 Anm. 5. - Auch für den Fall des berechtigten Austritts wird der Gesellschaft nach SCHOLZ die Wahl gegeben, entweder den Geschäftsanteil anzukaufen, den Ankauf anderer zu vermitteln oder die Einziehung vorzunehmen (S. 48/49).
 - 5) S. die Zitate S. 14 N. 3. - Dabei ist die Durchführung dieser Rechtsbehelfe im einzelnen sehr umstritten, namentlich also z.B. die Frage, ob für die Ausschließung ein Gesellschafterbeschuß ausreicht, oder ob - wie bei § 140 HGB - eine besondere Klage erforderlich ist. Darauf ist hier jedoch nicht einzugehen, s. dazu BGHZ 9, 157(164) u. die genannten Autoren.
 - 6) BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 2 A; Betrieb 1951, 108; NJW 1951, 719(720).

(Einzel-)Analogie zu den §§ 737 BGB, 140 HGB stützen, während er andererseits für das Austrittsrecht allein auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz abstellt, wonach bei Dauerschuldverhältnissen eine Lösung aus wichtigem Grund möglich sein müsse, und nicht etwa sich auf eine entsprechende Anwendung von Kündigungsvorschriften im Recht der Personengesellschaften beruft¹⁾.

III. Die Ableitung von Ausschließungs- und Austrittsrecht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Die Rechte auf Ausschließung und Austritt eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund werden, wie die Übersicht zeigt²⁾, im wesentlichen auf drei verschiedene Arten begründet:

(1) Der Gesellschaftsvertrag einer jeden GmbH enthalte eine dahingehende Bestimmung zumindest stillschweigend oder kraft ergänzender Vertragsauslegung (so namentlich für die Ausschließung RGZ 169, 330(334) und SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, S. 32);

(2) mit einer analogen Anwendung von Vorschriften aus dem Recht der Personengesellschaften, z.B. §§ 737 BGB, 140 HGB (so insbesondere für das Recht auf Ausschließung BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 2 A);

(3) mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis dürfe aus wichtigem Grund vorzeitig gelöst werden (so für das Austrittsrecht RGZ 128, 1 ff; für Ausschließung und Austritt BGHZ 9, 157(162/163) und die meisten Autoren).

1) BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 3; HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 238.

2) S.o. S. 11 ff.

1. Möglichkeit einer (ergänzenden) Auslegung des Gesellschaftsvertrages

Die Auslegung einer jeden Satzung gemäß §§ 133, 157 BGB¹⁾ dahin, daß die gesetzlich nicht bestehenden Rechte auf Ausschließung und Austritt aus wichtigem Grund (zumindest) stillschweigend als im Gesellschaftsvertrage vereinbart anzusehen sind, befriedigt nicht. Eine derartige Auslegung läßt den sich aus den einzelnen Erklärungen der Vertragspartner unmittelbar ergebenden Inhalt des Vertrages regelmäßig außer acht und läuft, weil der Parteiwille über Gebühr beansprucht wird, auf eine Fiktion hinaus²⁾. Die Rechte auf Ausschließung und Austritt von GmbH-Gesellschaftern können auch nicht durch ergänzende Auslegung der Satzung nach § 157 BGB hergeleitet werden, weil es an einer ausfüllungsbedürftigen Vertragslücke fehlt. Von einer solchen Lücke kann nämlich nur dann die Rede sein, wenn ein Vertrag "innerhalb des tatsächlich gegebenen Rahmens oder innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen der Parteien eine ersichtliche Lücke aufweist"³⁾. Davon kann bei einem Gesellschaftsvertrag, der keine Vereinbarung über Rechtsbehelfe enthält, die nach dem GmbH-Gesetz und dem von ihm bestimmten gesetzlichen Normalstatut einer GmbH überhaupt nicht vorgesehen sind, nicht gesprochen werden. Darüber hinaus fehlt es an einer Vertragslücke auch dann, wenn - wie sich zeigen wird - die Anwendung eines allgemeinen Rechtsprinzips eine an sich vorhandene Lücke schließt. Hier gilt nichts anderes, als wenn eine Lücke durch positive gesetzliche Vorschriften ausgefüllt ist. Auch in solchem Falle liegt eine durch Auslegung nach § 157 BGB ergänzungsbedürftige Vertragslücke nicht vor⁴⁾.

1) Grundlage der Auslegung auch von Verträgen ist § 133 BGB, insofern er auf Ermittlung des wirklich vorhandenen empirischen Parteiwillens abstellt. Daneben greift § 157 BGB ein, soweit ein empirischer Parteiwille nicht feststellbar ist, z.B. weil die Parteien einen bestimmten Fall nicht geregelt haben (STAUDINGER-COING, §§ 133/157 Anm. 19-22).

2) So auch BGHZ 9, 157(161).

3) BGHZ 40, 91(103).

4) BGHZ 40, 91 ff; LM § 133 (A) Nr. 5; s.a. LARENZ: NJW 1963, 737.

2. Möglichkeit einer analogen Anwendung der Vorschriften über Ausschlößung und Kündigung im Recht der Personengesellschaften (Einzelanalogie)

Nach § 140 i.V.m. § 133 HGB kann ein Gesellschafter einer OHG aus einem in seiner Person liegenden wichtigen Grunde aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Das gleiche gilt nach § 737 i.V.m. § 723 I 2 BGB für die BGB-Gesellschaft, wenn ihr Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern für den Fall der Kündigung durch einen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage vereinbart ist¹⁾.

Auf der anderen Seite haben die einzelnen Gesellschafter nach § 133 HGB das Recht, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung zu beantragen - ein Rechtsbehelf, der bei der OHG das in § 723 I 2 BGB vorgesehene außerordentliche Kündigungsrecht von BGB-Gesellschaftern ersetzt²⁾. Beide Rechte, sowohl das außerordentliche Kündigungsrecht als auch das Recht, die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen, sind zwingender Natur; sie können durch Vereinbarung der Gesellschafter weder ausgeschlossen noch "diesen Vorschriften zuwider"³⁾ beschränkt werden, § 723 III BGB, § 133 III HGB⁴⁾.

Es ist zu untersuchen, ob sich die Rechte auf Ausschlößung und Austritt eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund

1) Anders als bei § 140 HGB erfordert die Ausschlößung hier jedoch keine besondere Klage, sondern lediglich einen Gesellschafterbeschlöß, der dem Betroffenen mitzuteilen ist.

2) Während also die BGB-Gesellschafter ein wirkliches Kündigungsrecht haben, das durch Erklärung gegenüber den anderen Gesellschaftern ausgeübt wird und die Gesellschaft unmittelbar auflöst, tritt diese Rechtsfolge bei der OHG erst durch gerichtliche Entscheidung ein. Die OHG-Gesellschafter können jedoch vereinbaren, daß statt der gerichtlichen Entscheidung eine einfache Kündigung, wie bei der BGB-Gesellschaft, genügen soll (BGH: BB 1960, 151; BAUMBACH-DUDEN, § 133 Anm. 4).

3) Gemeint sind §§ 723 I, II BGB und 133 I, II HGB.

4) Das gleiche gilt im übrigen auch für das ordentliche Kündigungsrecht der BGB-Gesellschafter aus § 723 I BGB, der Gesellschafter einer OHG nach §§ 131 Nr. 6, 132, 105 II HGB i.V.m. § 723 I BGB. Auch diese Rechte können nach § 723 III BGB, der nach § 105 II HGB auch für die OHG gilt (BGH: NJW 1954, 106) durch Vereinbarung der Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden (zwingendes Recht).

aus diesen zwingenden Vorschriften über Ausschließung und Kündigung (oder Antrag auf gerichtliche Entscheidung) im Wege der Analogie (Gesetzesanalogie) herleiten lassen. Voraussetzung dafür ist, daß die Tatbestände, für die das GmbH-Gesetz eine rechtliche Regelung vermissen läßt, mit denjenigen, für welche im Recht der Personengesellschaften Ausschließungs- und Kündigungsrechte gesetzlich normiert sind, in den wesentlichen, für die rechtliche Wertung maßgebenden Merkmalen übereinstimmen¹⁾. Ist das der Fall, so ist es ein Erfordernis der Gerechtigkeit, die im Recht der Personengesellschaften geltenden Bestimmungen auch im GmbH-Recht anzuwenden.

Der Tatbestand, der in den genannten gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen geregelt ist, nämlich in den §§ 133, 140 HGB, 723 I 2, 737 BGB das Eintreten besonderer persönlicher Umstände (wichtiger Gründe), die das Verbleiben eines Gesellschafters in seiner gesellschaftsvertraglichen, in seine Lebensbetätigung eingreifenden Bindung nach Treu und Glauben entweder für ihn selbst oder für die Gesellschaft (die Mitgesellschafter) unzumutbar machen, entspricht - bis auf die Unterschiedlichkeit der Gesellschaftsformen - demjenigen Sachverhalt, für den das GmbH-Gesetz keine Bestimmungen enthält. Daß auch in einer GmbH i.d.R. dauernde personenrechtliche Bindungen der Gesellschafter bestehen, deren Fortdauer aus besonderen persönlichen Gründen untragbar werden kann, wurde vom Gesetzgeber verkannt.

Diese übereinstimmenden tatsächlichen Merkmale sind es nun aber, auf denen die vom Gesetzgeber im Recht der Personengesellschaften vorgenommene rechtliche Wertung beruht: Die auf Dauer eingegangene, in die Lebensbetätigung der Gesellschafter eingreifende und auf gegenseitigem Vertrauen beruhende vertragliche Bindung muß - das ist der generalisierungsfähige Grundgedanke der gesetzlichen Bestimmungen - vorzeitig gelöst werden können, wenn ein wichtiger Grund in der Person eines Betroffenen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar erscheinen läßt²⁾.

1) Zu den Voraussetzungen eines Analogieschlusses s. ENGISCH, Einführung, S. 134 ff(143, 144); LARENZ, Methodenlehre, S. 287 ff.

2) SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 133 Anm. 1.

Dieser für die Personengesellschaften geltende Grundgedanke kann danach auch im GmbH-Recht Anwendung finden. Ein GmbH-Gesellschafter, in dessen Person Gründe eintreten, welche die Fortdauer der gesellschaftsvertraglichen Bindung entweder für ihn selbst oder für die GmbH als unzumutbar erscheinen lassen, muß deswegen aus der Gesellschaft austreten oder ausgeschlossen werden können. Dies trifft freilich in erster Linie für solche Gesellschaften zu, deren Gesellschafter nicht lediglich in einer rein kapitalrechtlichen, sondern auch (vielleicht sogar vorwiegend) in einer personenrechtlichen Bindung stehen, wie dies dem gesetzlichen Typ nach bei der sog. Nebenleistungs-GmbH i.S.v. § 3 II GmbHG, in der Praxis im übrigen aber auch bei den meisten anderen Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Fall ist¹⁾.

Ob der genannte Grundgedanke auch auf die - entsprechend dem gesetzlichen Normalstatut - rein kapitalistisch gestaltete GmbH übertragen werden kann, ist zweifelhaft, weil es hier auf die Person des einzelnen Gesellschafters nicht ankommt, vielmehr die Beteiligung des Gesellschafters mit seiner Kapitaleinlage entscheidend im Vordergrund steht. Für die Übertragung spricht indes, daß z.B. auch der stille Gesellschafter oder Kommanditist, die beide primär oder sogar ausschließlich kapitalistisch beteiligt sind, ein jederzeitiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grund haben, §§ 339 I 2 HGB i.V.m. 723 BGB; 161 II i.V.m. 133 HGB²⁾.

Richtig ist, daß auch bei reiner Kapitalbeteiligung wichtige Gründe vorliegen können, welche die Fortsetzung der Mitgliedschaft für einen Gesellschafter persönlich unzumutbar machen³⁾.

1) S. dazu im einzelnen unten S. 75 ff (80 ff).
s. dort auch näher zum Typus der GmbH nach dem Gesetz und der Rechtswirklichkeit und genauer zu dem rechtstheoretischen Problem, auf welchen Typus bei der Analogiefrage abzustellen ist.

2) S. dazu BGHZ 23, 10 ff(12).

3) SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, S. 47, erwähnt als Beispiel den Fall eines Gesellschafters, der sein Vermögen im wesentlichen in die GmbH eingebracht hat, darunter ein Patent, und der nun mit ansehen muß, wie diese Werte durch unsachgemäße Geschäftsführung dahinschwinden. In solchem Falle liegt nach Scholz ein wichtiger Grund zur Auflösung der GmbH (§ 61 GmbHG) vor, wenn die GmbH gerade

In aller Regel jedoch wird ein wichtiger Grund hier zu verneinen sein, es also schon an einem Tatbestand fehlen, für den im Wege der Analogie eine Rechtsfolge gefunden werden muß¹⁾.

Obwohl somit - zumindest für die personenbezogene GmbH - die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung der Vorschriften aus dem Recht der Personengesellschaften, besonders der OHG, vorliegen, lehnt der Bundesgerichtshof²⁾ die Analogie ab, im Ergebnis zu Recht³⁾, jedoch mit der unzutreffenden, nach Meinung von GESSLER⁴⁾ "krampfhaften" Begründung, die genannten Vorschriften seien auf die in ihnen behandelten Gesellschaftsformen "zugeschnitten" und rechtfertigten deshalb und wegen der bestehenden Unterschiede zur GmbH keine entsprechende Anwendung.

Es trifft zwar zu, daß z.B. § 140 HGB in der Ausgestaltung der Rechtsfolge auf die OHG als Personengesellschaft zugeschnitten ist, indem er bestimmt, der Auszuschließende verliere mit Rechtskraft des Ausschliefungsurteils seine Gesellschaftsterstellung und sei nunmehr auf einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch beschränkt⁵⁾. Bei der GmbH würde, selbst wenn man ein rechtsgestaltendes Ausschliefungsurteil

zur Ausbeutung dieses Patents gegründet worden ist, ein Grund zum Austritt, wenn sie nur Nebenzweck sei.

- 1) S.a. SCHOLZ, Ausschliefung und Austritt, S. 47; HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 18 b; BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 3; FISCHER: Festschrift für W. Schmidt, S. 132.
- 2) BGHZ 9, 157(161).
- 3) S. dazu unten S. 22/23.
- 4) GESSLER: GmbH-Rdsch. 1966, 102(103).
- 5) Die Eigentümlichkeit besteht also darin, daß der Anteil des betroffenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern, unter denen die Gesellschaft fortbesteht, anwächst. Die Rechtslage ist die gleiche wie bei einem vertraglichen Ausscheiden nach § 138 HGB. Auch hier gelten gemäß § 105 II HGB hinsichtlich der Rechtsfolgen des Ausscheidens die §§ 738-740 BGB (BAUMBACH-DUDEN, § 105 Anm. 5, § 138 Anm. 4; SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 138 Anm. 12, § 140 Anm. 14).

verlangte¹⁾, zusätzlich zu klären sein, was mit dem Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen geschehen soll; denn eine Anwachsung - wie bei den Personengesellschaften - findet hier nicht statt, und das Urteil kann nicht die Wirkung haben, den Geschäftsanteil zu vernichten²⁾. Der besondere "Zuschnitt" (die Ausgestaltung der Rechtsfolge) einer gesetzlichen Vorschrift hindert indes die Analogie nicht, solange - was hier zutrifft - der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung, der die Rechtsfolge der Ausschließung (des Austritts) bestimmt, auf den im wesentlichen gleichen Tatbestand im GmbH-Recht anwendbar ist. Daß ein Gesellschafter aus wichtigem Grund aus einer GmbH ausscheiden kann (oder muß), könnte demnach aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches im Wege der (Einzel-)Analogie entnommen werden; wie das geschehen soll, ist eine andere Frage³⁾⁴⁾.

3. Ableitung der Rechte auf Ausschließung und Austritt aus der GmbH aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz im Wege der Gesamtanalogie

Die an sich mögliche analoge Anwendung der §§ 737 BGB, 140 HGB (723 I 2 BGB, 133 HGB) im Wege der Einzel- oder Gesetzes-

-
- 1) Dafür z.B. BGHZ 9, 157 ff; BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 2 B; HACHENBURG-SCHILLING, § 34 Anm. 18 a; a.M. SCHOLZ, § 15 Anm. 65; ders.: GmbH-Rdsch. 1952, 17.
 - 2) S.a. FISCHER: Festschrift für W. Schmidt, S. 131.
 - 3) Hierfür, das ist richtig, gibt § 140 HGB für die GmbH nichts her.
 - 4) Bezeichnend ist denn auch der Widerspruch, in den sich der BGH in seinem Urteil mit folgenden Worten selbst setzt: "Bei der Verwandtschaft der GmbH mit den Personengesellschaften ... wäre es kaum zu verstehen, wenn die Ausschließung anders als bei ihnen nicht zulässig sein sollte." Die Rechtsgründe für die Ermöglichung der Ausschließung aus diesen Vereinigungen sprechen ebenso bei der GmbH für die Ausschließbarkeit (BGHZ 9, 157(163); dementsprechend dann auch für die Möglichkeit des Austritts). - Wenn das Gericht eine entsprechende Anwendung der für die Personengesellschaften geltenden gesetzlichen Bestimmungen ablehnt, so beruht dies zusätzlich auch auf der irrigen Vorstellung, daß die personenbezogene GmbH eine Ausnahme, die kapitalistisch orientierte dagegen - wie das gesetzliche Normalstatut - die Regel sei. Tatsächlich ist es genau umgekehrt. In der Rechtswirklichkeit herrscht, worauf noch näher einzugehen sein

analogie scheidet jedoch aus, weil die erwünschte Rechtsfolge, für die ein unabweisbares Bedürfnis besteht, im Wege der Rechts- oder Gesamtanalogie hergeleitet werden kann.

Bei ihr wird durch Induktionsschluß aus einer Mehrzahl verschiedener Gesetzesbestimmungen, deren Tatbestände in bestimmten Elementen übereinstimmen, die für die an sie geknüpfte Rechtsfolge von wesentlicher Bedeutung sind, ein allgemeines Rechtsprinzip hergeleitet, das auch auf solche Tatbestände angewendet werden kann, die vom Gesetz nicht geregelt worden sind¹⁾. Der Unterschied zwischen Einzel(Gesetzes-)Analogie und Gesamt(Rechts-)Analogie ist ein solcher des Grades und besteht darin, daß bei dieser die "Induktionsbasis" bei Herausarbeitung des Grundgedankens breiter ist als bei jener, die sich lediglich auf einzelne, nicht auf mehrere gesetzliche Vorschriften stützen und daher von der Kasuistik des Gesetzes kaum lösen und zu allgemeinen Grundsätzen vordringen kann²⁾. Das ist auch der Grund dafür, daß die Gesamtanalogie der Einzelanalogie vorgeht. Sie stellt die abgeleitete Rechtsfolge auf eine fester fundierte, von der Bindung an lediglich einzelne Normen freie und daher tiefere Basis³⁾.

Die Rechte auf Ausschließung und Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund finden dementsprechend ihre Rechtsgrundlage nicht in entsprechender Anwendung der gesetzlichen Bestim-

wird (s.u. S. 80 - 85), die personenbezogene GmbH
durchaus vor (s. auch GESSLER: GmbH-Rdsch. 1966, 102-104).

- 1) LARENZ, Methodenlehre, S. 292; ENGISCH, Einführung, S. 147.
- 2) ENGISCH, a.a.O.; NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, S. 147. Anders will LARENZ, a.a.O., S. 293, einen Unterschied im Schlußverfahren sehen: Während bei der Gesamtanalogie aus der Übereinstimmung des Grundgedankens mehrerer Regeln ein allgemeiner Rechtsgrundsatz erschlossen werde, der dann seinerseits auf die gesetzlich nicht erfaßten Fälle anzuwenden sei, werde bei der Einzelanalogie von der "Ähnlichkeit" der Tatbestände unmittelbar auf die Gleichheit der Rechtsfolge geschlossen.
- 3) Nach NAWIASKY, a.a.O., S. 147, handelt es sich bei der Einzelanalogie "um eine bescheidene Anleihe für einen Notfall", bei der Gesamtanalogie "um einen großzügigen Versuch, die Einheit des Rechtsganzen zur Geltung zu bringen und auszuwerten".

mungen aus dem Recht der Personengesellschaften, sondern in dem bereits erörterten, aus einer Vielzahl verschiedenster Vorschriften des bürgerlichen und Handelsrechts¹⁾ abgeleiteten allgemeinen Rechtsprinzip, wonach ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes, auf Dauer angelegtes Rechtsverhältnis aus wichtigem Grund vorzeitig gelöst werden kann²⁾.

1) S. die Gesetzesbeispiele oben S. 13 N. 2.

2) S. BGHZ 9, 157(161/162); RGZ 130, 375(378) u.o. S. 12/13.

Zweiter Teil (Hauptteil)

Zulässigkeit, Zweckmäßigkeit und inhaltliche Grenzen von Abfindungsvereinbarungen in der ursprünglichen Satzung der GmbH

Die bisherige Untersuchung zeigt, daß die Rechte auf Ausschließung und Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückzuführen sind. Dieses Ergebnis wird der folgenden Untersuchung zugrunde gelegt.

Ungeklärt ist nun, wie der durch Ausschließung oder Austritt aus der GmbH ausscheidende Gesellschafter mit seinem Geschäftsanteil abzufinden ist¹⁾. Das Gesetz schweigt, wie schon zur Möglichkeit von Ausschließung und Austritt überhaupt.

Es ist daher zu untersuchen, ob die Gesellschafter dem Rechnung tragen und im Gesellschaftsvertrage Vereinbarungen über die Abfindung für die Fälle der Ausschließung und des Austritts treffen können, bejahendenfalls ferner, ob derartige Abreden zweckmäßig sind und schließlich, ob sie (allgemeinen oder besonderen) inhaltlichen Grenzen unterliegen.

A. Die Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen in der Satzung

I. Der notwendige Inhalt des Gesellschaftsvertrages nach § 3 I GmbHG

Aus § 3 I GmbHG folgt lediglich, daß Abfindungsvereinbarungen nicht notwendiger, nicht auch, daß sie zulässiger Bestandteil der Satzung sind. Nach dieser Vorschrift sind näm-

1) und ferner, was mit seinem Geschäftsanteil geschehen soll, ob er also z.B. einzuziehen oder an die GmbH oder einen Dritten abzutreten ist; diese letztere Frage interessiert jedoch in diesem Zusammenhang nicht, s. dazu näher BGHZ 9, 157(164 f); BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 2 B; HACHENBURG-SCHILLING, § 34 Anm. 18 a; SCHOLZ, § 15 Anm. 65, sowie die o. S. 14 N. 3 zitierten Autoren.

lich als wesentliche Erfordernisse des Gesellschaftsvertrages allein anzusehen: Firma und Sitz der Gesellschaft; Gegenstand des Unternehmens; Betrag des Stammkapitals und Betrag der von jedem Gesellschafter zu leistenden Stammeinlage. Nur wenn eines dieser Erfordernisse fehlt oder unwirksam vereinbart ist, ist die Gesellschaft nichtig. Die trotzdem im Handelsregister eingetragene GmbH entsteht als solche nicht; auf eine entsprechende Klage nach § 75 GmbHG wird ihre Nichtigkeit durch Urteil festgestellt¹⁾.

II. Der zulässige Inhalt des Gesellschaftsvertrages

Von dem notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages ist jedoch der zulässige zu unterscheiden.

1. Normativbestimmungen und Satzungsautonomie im Recht der GmbH

Das Gesetz gibt für die GmbH nur eine Reihe von Normativbestimmungen, die namentlich dem Gläubigerschutz dienen²⁾ und daher zwingend sind, soll überhaupt die GmbH als solche wirksam begründet werden³⁾. Im übrigen jedoch ist das Recht der GmbH - anders als das Aktienrecht - im wesentlichen dispositiv. Den Gesellschaftern ist die Freiheit eingeräumt, ihre Rechtsbeziehungen weitgehend nach ihren individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen zu gestalten. Sie können im Gesellschaftsvertrage sowohl Regelungen treffen, welche gesetzliche Bestimmungen abändern, als auch für solche Tatbestände, die das Gesetz nicht geregelt hat, vertragliche Vereinbarungen schließen. Hierin liegt die besondere Eigenart und Stärke dieses Gesellschaftstypus, der es ermöglicht, elastische, an den Bedürfnissen des Rechtslebens orientierte

1) BAUMBACH-HUECK, § 3 Anm. 1 B, § 75 Anm. 2 B; HACHENBURG-SCHILLING, § 3 Einleitung; HACHENBURG-SCHMIDT, § 75 Anm. 8 u. 26; SCHOLZ, § 3 Anm. 1, § 75 Anm. 11-16 u. 29.

2) BAUMBACH-HUECK, Einleitung Anm. 2 B.

3) S.o. S. 25/26.

Vertragsgestaltungen zu finden¹⁾.

Ausdruck dieses allgemeinen Prinzips ist § 3 II GmbHG, der - für zwei besondere Fälle - bestimmt, daß die Beschränkung des Unternehmens auf gewisse Zeit oder die Einführung von Nebenverpflichtungen der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedürfen. In den §§ 5 IV, 15 V, 17 III, 26 I, 34 I, 60 I GmbH-Gesetz sind weitere Beispiele für die Möglichkeit einer von der gesetzlichen Normalregelung abweichenden Gestaltung genannt. Weil es nur Beispiele sind, ist der Umkehrschluß, daß vom Gesetz nicht ausdrücklich genannte Gestaltungsmöglichkeiten unzulässig seien, nicht erlaubt. Vielmehr ergibt ein anderer Umkehrschluß, daß das Prinzip der Satzungsautonomie gilt: Daraus, daß die ihres Inhalts wegen verbotenen Regelungen im Gesetz ausdrücklich aufgeführt oder die zwingenden Erfordernisse des Gesellschaftsvertrages in ihm ausdrücklich niedergelegt sind - was nur insoweit das Verbot der abweichenden Regelung einschließt -, folgt per argumentum e contrario als Regel die Vertragsfreiheit, und zwar in Form der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit²⁾.

Dieses Ergebnis ist allgemein gesichert. Dementsprechend beschränkt sich der Bundesgerichtshof³⁾ ohne nähere Begründung auf die Feststellung, daß die Gesellschafter einer GmbH "eine sehr weitgehende Freiheit bei der Ausgestaltung der Gesell-

- 1) Diese Eigenart der gesetzlichen Regelung hat freilich zu einer weitgehenden Abweichung des in der Rechtswirklichkeit vorherrschenden von dem gesetzlichen Typus der GmbH als Kapitalgesellschaft geführt. Diese Entwicklung beruht indes maßgeblich darauf, daß der Gesetzgeber das wahre Wesen der GmbH offenbar verkannt und die Entwicklung dieses Gesellschaftstypus in der Praxis nicht richtig vorausgesehen hat, s. dazu im einzelnen unten S. 78 ff.
- 2) Zur (formalrechtlichen) Ableitung der Vertragsfreiheit im Wege des Umkehrschlusses s. BOEHMER, Einführung, S. 275 N. 63. Verfassungsrechtliche Grundlage der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit ist Art. 2 I GG (BVerfGE 8, 274 (328)). Zu den einzelnen Bestandteilen der Vertragsfreiheit: Abschlußfreiheit, Kontrahentenwahlfreiheit, inhaltliche Gestaltungsfreiheit, Typenfreiheit und Auflösungsfreiheit s. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 163 V, S. 1005; insbes. zur Typenfreiheit und inhaltlichen Gestaltungsfreiheit s. DILCHER: NJW 1960, 1040.
- 3) BGHZ 14, 264 (169/170).

schaft und der Regelung der Mitgliedsrechte (haben)". In einer anderen Entscheidung¹⁾ heißt es lapidar, daß die Parteien "nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ... das Entgelt für einen einzuziehenden Geschäftsanteil festlegen (können)". Dabei wird allerdings auf eine Grenze hingewiesen, die für die Vertragsfreiheit allgemein gilt: die Vertragsbestimmungen dürfen nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen und nicht die Grenzen überschreiten, die durch das Wesen der Gesellschaft gezogen sind²⁾.

2. Ergebnis

Abfindungsvereinbarungen sind danach generell zulässig und können, um als mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten begründet zu werden, in den Gesellschaftsvertrag der GmbH aufgenommen werden. Sie verstoßen als solche grundsätzlich weder gegen das Gesetz und die guten Sitten, noch überschreiten sie die durch das Wesen der GmbH gezogenen Grenzen³⁾. Diese (allgemeinen) Schranken autonomer Satzungsgestaltung werden erst dann bedeutsam, wenn es um die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der Abfindungsregelungen in der Satzung geht⁴⁾.

B. Die Zweckmäßigkeit von Abfindungsvereinbarungen

Die Zweckmäßigkeit von Abfindungsvereinbarungen, nach der nunmehr zu fragen ist, hängt entscheidend davon ab, wie sich die Abfindung (mangels solcher Vereinbarungen) auf gesetzlicher Grundlage vollzieht und ob die möglichen Nachteile einer solchen Abfindung durch vertragliche Abreden der Gesellschafter vermieden werden können.

1) BGHZ 32, 151(156).

2) BGHZ 14, 264(270); 32, 151(156) u.u. S. 42.

3) BGHZ 32, 151(156). Zum Verhältnis des Rechts auf Abfindung zu den wesentlichen Bestandteilen der Rechtsstellung eines GmbH-Gesellschafters s. im einzelnen unten S. 113 ff.

4) S. dazu unten S. 40 ff.

I. Die Abfindung auf gesetzlicher Grundlage

1. Abfindung zum vollen Wert des Geschäftsanteils

a) bei Ausschließung

In seinem grundlegenden Urteil zur Frage der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters fordert der Bundesgerichtshof¹⁾, daß "dem aus wichtigem Grunde Auszuschließenden der volle Wert des Geschäftsanteils zu vergüten (ist)"²⁾. Diese Ansicht wird von der Literatur übereinstimmend mit der Begründung geteilt, die Ausschließung trage keinen Strafcharakter³⁾ und solle nicht zu einer finanziellen Schädigung des Ausgeschlossenen führen⁴⁾.

b) bei Austritt

Nicht anders kann es im Falle des Austritts eines Gesellschafters aus wichtigem Grund sein. Auch hier hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf den vollen Gegenwert

1) BGHZ 9, 157(168).

2) So auch BGHZ 16, 317(322).

3) Zum fehlenden Strafcharakter der Ausschließung s. auch unten S. 89 ff, 96.

4) Z.B. BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 2 C; SCHOLZ, § 15 Anm. 65; ders., Ausschließung und Austritt, S. 36 u. 38; HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 18 a; WOLANY, S. 97 u. 152. - Das gleiche gilt auch für das Ausscheiden aus einer OHG. Mangels konkreter Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf eine Abfindung, die dem vollen Wert seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen entspricht (SCHLEGELBERGER-GESSLER, §§ 138 Anm. 17, 170 Anm. 14). Der BGH (BGHZ 17, 131(136)) begründet das hier mit der Erwägung, der Gesellschafter sei bis zu seinem Ausscheiden an dem tatsächlichen Wert des lebenden Unternehmens beteiligt gewesen; dieser Anteil am Gesellschaftsvermögen sei nunmehr den übrigen Gesellschaftern zugewachsen, wofür diese ihn entschädigen müßten. - Obwohl das GmbH-Recht eine Anwartschaft nicht kennt, tritt - wirtschaftlich gesehen - die gleiche Wirkung wie bei der OHG z.B. dann ein, wenn der Anteil des Ausscheidenden eingezogen wird. Mit dem Übergang seines Geschäftsanteils wächst den übrigen Gesellschaftern bruchteilmäßig ein höherer Anteil an der GmbH zu; und zwar vergrößern sich ihre Geschäftsanteile verhältnismäßig um die Größe des weggefallenen Anteils (BAUMBACH-HUECK, § 34 Anm. 3 B; HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 20; SCHOLZ, § 34 Anm. 11).

seines Geschäftsanteils, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt¹⁾. Das folgt schon daraus, daß es keinen vernünftigen Grund gibt, Ausschließung und Austritt insoweit ungleichmäßig zu behandeln. Der austretende Gesellschafter hat also mindestens Anspruch auf dasjenige, was er im Falle einer Auflösung der GmbH im Zeitpunkt seines Ausscheidens als Liquidationsanteil nach § 72 GmbHG erhalten würde²⁾. Jede Bemessung der Abfindung, die diese Grenze unterschreitet, würde zu einer Bereicherung der übrigen Gesellschafter führen, auf welche diese keinen Anspruch haben.

2. Bewertungsmaßstäbe für die Ermittlung des vollen Wertes

Offen bleibt indes, was unter dem zu vergütenden vollen (wirklichen, wahren, tatsächlichen) Wert des Geschäftsanteils zu verstehen und wie dieser im konkreten Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters durch Ausschließung oder Austritt mangels einschlägiger Satzungsbestimmungen zu ermitteln ist³⁾.

Die Zahlen der nach §§ 41 II, 42 GmbHG erstellten Jahresbilanz (Handelsbilanz) können zu diesem Zweck nicht herangezogen werden, weil diese Bilanz primär der Ermittlung des in der Bilanzperiode erzielten verteilungsfähigen Gewinnes, nicht aber der Feststellung der wirklichen Vermögenswerte dient⁴⁾. Unterbewertung von Aktiven (Überbewertung von Passiven), die hier in bestimmtem Rahmen gesunden kaufmännischen Grundsätzen ent-

1) H.M.: BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 3; HACHENBURG-SCHILLING, § 34 Anm. 18 b; SCHOLZ, § 34 Anm. 9; ders., Ausschließung und Austritt, S. 49.

2) Tatsächlich wird jedoch der volle Wert des Geschäftsanteils, der sich am lebenden Unternehmen orientiert, zu meist höher liegen als der aus dem Liquidations- oder Zerschlagungswert des Unternehmens resultierende Wert, s. nachfolgend.

3) Eine Bewertung des Geschäftsanteils nach § 9 II BewG (Bewertungsgesetz i.d.F. v. 10. Dez. 1965, BGBl. I 1861), wonach der wirkliche Wert (als gemeiner Wert) durch den Preis bestimmt wird, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre, scheidet aus. Sie setzt voraus, daß vergleichbare Geschäftsanteile zu einem bestimmten Preis gehandelt zu werden pflegen, was bei GmbH-Anteilen - anders als bei (nicht vinkulierten) Aktien - i.d.R. nicht zutrifft (s. SUDHOFF, GmbH-Vertrag, S. 371).

4) Die Jahresbilanz wird daher auch Gewinnermittlungsbilanz genannt, s. SCHOLZ, § 42 Anm. 1.

spricht, weil sie die GmbH für den Fall einer Krise stärkt, führt dazu, daß eine zuverlässige Aussage über den wirklichen Vermögensstand anhand der Jahresbilanz nicht gemacht werden kann¹⁾. Aus diesem Grunde fordert der Bundesgerichtshof die Aufstellung einer Vermögensbilanz²⁾, die der Feststellung des wirklich vorhandenen Vermögens dient. In sie werden - unter Auflösung aller stillen Reserven - die Aktiven und Passiven mit den wahren Werten eingesetzt³⁾. Die Summe aller in dieser Bilanz erscheinenden Einzelwerte ergibt sodann den Substanz- oder Vermögenswert der GmbH.

a) Substanzwert (Vermögenswert)

Die Bewertung des Geschäftsanteils des Ausscheidenden nach dem Vermögen der GmbH hat also zur Grundlage die einzelnen Vermögensgegenstände der Gesellschaft (Grundsatz der Einzelbewertung)⁴⁾.

Streit besteht nun aber darüber, ob für den wirklichen Wert der einzelnen Gegenstände deren Veräußerungswert, Anschaffungswert oder Wiederbeschaffungswert im Zeitpunkt des Ausscheidens (bei Ausschließung im Zeitpunkt der Erhebung der Ausschließungsklage) maßgebend ist⁵⁾.

Eckpfeiler der Bilanzbewertung sind der historische Anschaffungspreis und der Wiederbeschaffungspreis⁶⁾.

1) BAUMBACH-HUECK, § 42 Anm. 1 B, 2 B.

2) BGHZ 9, 157(168).

3) Die Vermögensbilanz ist keine echte Bilanz, weil sie nur eine Aufstellung der einzelnen Aktiven und Passiven enthält, s. SCHOLZ, § 42 Anm. 1; SUDHOF, GmbH-Vertrag, S. 374. Der Ausdruck Vermögensstatus ist daher vorzuziehen.

4) S. auch § 39 I u. II HGB, wonach der Grundsatz der Einzelbewertung auch für die Eröffnungs- und normale Jahresbilanz gilt. - Denkbar ist auch eine Gesamtbewertung, bei der das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit im ganzen bewertet wird, s. HAX: JuS 1964, 132.

5) S. BGHZ 9, 157(177); 16, 317(322).

6) HAX: JuS 1964, 133. Der Veräußerungswert, der auf dem beim Verkauf der einzelnen Gegenstände zu erzielenden Preis beruht, ergibt den Liquidationswert des Unternehmens, der mit dem wirklichen Wert des lebenden Unternehmens selten übereinstimmt.

Der Anschaffungswert setzt sich zusammen aus den Kosten des entgeltlichen Erwerbs einschließlich aller Nebenkosten¹⁾. Zwar steht die Bewertung nach den Anschaffungskosten (bzw. Herstellungskosten) auf einer verhältnismäßig sicheren Grundlage. Sie gibt jedoch den wirklichen Wert der einzelnen Gegenstände nicht richtig wieder, weil sie auf ganz verschiedene Zeitpunkte mit unterschiedlichem Preisniveau abgestellt ist²⁾.

Das ist anders bei der Bewertung nach dem Wiederbeschaffungspreis für die einzelnen Gegenstände des fortzuführenden Unternehmens³⁾. Dieses Bewertungsprinzip ermöglicht eine einheitliche Bewertung aller Einzelgegenstände nach ihrem Wert zu dem für die Abfindung maßgebenden Zeitpunkt (Tageswert). Der Wiederbeschaffungspreis muß aber, besonders für das Anlagevermögen, geschätzt und kann nur selten genau errechnet werden. Namentlich sind auch die stillen Reserven in die Bewertung einzubeziehen. Vom Standpunkt der Gesellschaft ist hier von Bedeutung, daß dabei nicht realisierte, noch unversteuerte Gewinne auszuweisen sind, die oft, insbesondere bei Grundstücken und Gebäuden, erst nach langer Zeit erzielt werden können, indem diese Gegenstände (oft erst mit der Liquidation) zur Veräußerung gelangen. Problematisch ist ferner, ob Einkommens- und Körperschaftssteuer beim Rohvermögen des Unternehmens abgezogen werden können⁴⁾.

Eine Kombination zwischen dem Anschaffungs- und dem Wiederbeschaffungswertprinzip ist das sog. Niederstwertprinzip (auch Imparitätsprinzip genannt), das vom Gesetzgeber in § 155 I u. II AktG für Gegenstände des Umlaufvermögens vorgeschrieben ist und auch im GmbH-Recht für die Erstellung der normalen Jahresbilanz guter kaufmännischer Übung ent-

1) Das gilt für Handelswaren. Bei Fabrikaten sind maßgebend die Herstellungskosten, das sind alle mittelbar oder unmittelbar auf die Herstellung verwendeten Kosten einschließlich einem Anteil an den Abnutzungen und Generalkosten, s. BAUMBACH-HUECK, § 42 Anm. 4 D.

2) HAX: JuS 1964, 134.

3) Zu dieser Bewertungsmethode s. VELDER: Betrieb 1955, 925.

4) Unentschieden zu dieser Frage SUDHOFF: NJW 1963, 421(422). Die Frage dürfte zu bejahen sein, weil die potentielle Steuerbelastung den Unternehmenswert mindert.

spricht¹⁾. Bei diesem Prinzip, das der Substanzerhaltung und damit auch dem Gläubigerschutz dient, gelten für die Bewertung grundsätzlich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten; der Wiederbeschaffungspreis der einzelnen Gegenstände wird nur dann angesetzt, wenn er unter diesen Kosten liegt. Maßgebend ist also der jeweils niederste der beiden genannten Werte. Die Bewertung nach dem Niederstwertprinzip erweist sich daher als für die Aufstellung einer Vermögensbilanz ungeeignet. Eine Aussage über den wirklichen Wert der einzelnen Gegenstände läßt sie nicht zu.

b) Firmenwert

Es zeigt sich danach, daß die Ermittlung des Substanzwertes mit spezifischen Schwierigkeiten belastet ist, die schon bei der Wahl der Bewertungsmethode beginnen und namentlich auch bei einer Bewertung nach dem (relativ am meisten geeigneten) Wiederbeschaffungswertprinzip nicht zu übersehen sind.

Hinzu kommt aber, daß der Wert eines Unternehmens nicht nur vom Wert seiner einzelnen Vermögensgegenstände abhängt; von erheblicher, oft sogar maßgeblicher Bedeutung für den Wert des Unternehmens ist auch dessen Firmenwert (Geschäftswert)²⁾. Der Firmenwert wird bestimmt u.a. durch die Existenz unkörperlicher Geschäftswerte wie Lage, Organisation, Kundenstamm, Art der von dem Unternehmen der GmbH hergestellten oder vertriebenen Produkte, ihrer Stellung im Markt, den Geschäftserfahrungen und -geheimnissen und nicht zuletzt durch die Fähigkeiten und den persönlichen Einsatz der Geschäftsführung, zusammen also durch das, was prägnant mit dem Ausdruck "good-will" umschrieben ist. Dieser Wert macht besonders bei Handelsunternehmen, die nur über ein relativ bescheidenes Kapital verfügen, oft den entscheidenden Anteil ihres Gesamtwertes aus. Daß der Firmenwert ein realer Wert ist, drückt sich z.B. aus in der Möglichkeit, ihn bei abgeleitetem entgeltlichem Erwerb als Posten der Jahresbilanz erscheinen zu

1) BAUMBACH-HUECK, § 42 Anm. 5.

2) Dies läßt z.B. der BGH unberücksichtigt, wenn er lediglich auf die Erstellung einer Vermögensbilanz verweist, die allein den Substanzwert ergibt, s. BGHZ 9, 157(168).

lassen¹⁾, eben weil für ihn gezahlt worden ist²⁾.

Auch dieser Wert ist daher - mangels abweichender Satzungsbestimmungen - jedenfalls zu berücksichtigen³⁾. Er kann indes nur dann ermittelt werden, wenn der Ertragswert der GmbH feststeht. Dieser ist daher ebenfalls zu bestimmen.

c) Ertragswert

Der Wert eines Unternehmens findet Ausdruck nicht nur in seinem Vermögen, sondern auch in seinem Ertrag. Der Ertragswert der GmbH wird bestimmt anhand ihrer Gewinn- und Verlustrechnung, die Ausweis einerseits über die Aufwendungen, andererseits den Ertrag des Unternehmens innerhalb eines bestimmten Zeitraumes gibt⁴⁾. Üblicherweise wird der Ertragswertermittlung der Durchschnittsgewinn der letzten Jahre zugrunde gelegt, meist unter Ausscheidung des besten und schlechtesten Jahres. Auf diese Weise kann dann der Zukunftsertrag geschätzt, jedoch nicht genau errechnet werden⁵⁾. Die Kapitalisierung dieses Zukunftsertrages ergibt den Ertragswert des Unternehmens, wobei jedoch die Ermittlung des zutreffenden Kapitalisierungsfaktors ebenfalls auf Schwierigkeiten stößt⁶⁾. Auch dieses Verfahren der Wertermittlung ist also mit Unsicherheitsfaktoren belastet, zumal "subjektive Einflüsse, spekulative Momente und unsichere Schätzungsgrundlagen" eine große Rolle spielen⁷⁾.

1) S. z.B. § 153 III AktG. In der Steuerbilanz ist das sogar zwingend vorgeschrieben.

2) Der Firmenwert einer Aktiengesellschaft drückt sich z.B. auch aus in dem Kurswert ihrer Aktien.

3) RGZ 94, 108; 106, 132; 167, 260.

4) Sie ist daher keine Bestände-, sondern eine Erfolgsbilanz, s. HAX: JuS 1963, 426.

5) Problematisch ist auch hier, ob Körperschaftssteuern bei der Festlegung des Durchschnittsgewinns abzusetzen sind (Brutto- oder Nettoertragswert). Die Frage dürfte zu bejahen sein, weil die Steuerbelastung einer Wertminderung gleichkommt, s. auch SUDHOFF, GmbH-Vertrag, S. 386.

6) Die h.M. geht vom landesüblichen Zinsfuß auf dem Kapitalmarkt aus, s. SUDHOFF, a.a.O., S. 387.

7) S. UEC-Richtlinien, S. 20.

Ist der Wert des Unternehmens auf diesem Wege ermittelt worden, so kann nunmehr auch dessen Firmenwert nach der sog. indirekten Methode¹⁾ festgestellt werden, wonach sich der Firmenwert ergibt als Differenz zwischen Vermögens- und Ertragswert. Voraussetzung ist also die vorherige je getrennte Feststellung von Substanz- und Ertragswert des Unternehmens²⁾.

d) Mittelwert

Um das Risiko einer größeren Abweichung vom wirklichen Wert des Unternehmens gering zu halten, wird die Bewertung in der Praxis auch dadurch vorgenommen, daß der Wert der Vermögensgegenstände und des Ertrages gemeinsam zugrunde gelegt und dann kombiniert werden³⁾. Hiernach werden Vermögens- und Ertragswert je getrennt berechnet, addiert und anschließend aus beiden als arithmetisches Mittel der Endwert gewonnen⁴⁾. Auf diese Weise erscheint im Endresultat ein möglicher Ertragsmehr- oder -minderwert jeweils in Höhe von 50 %⁵⁾.

e) Gesamtwert, Wert des Geschäftsanteils

Ist auf die eine oder andere Weise - wobei mangels Satzungsregelung unsicher ist, auf welche - der wahre Wert des Unternehmens annähernd genau ermittelt, so läßt sich nunmehr auch der volle Wert des Geschäftsanteils des Ausscheidenden errechnen: Es verhält sich der Wert des Geschäftsanteils zum Betrage der Stammeinlage, wie der ermittelte Gesamtwert des

-
- 1) Diese Methode herrscht in der Praxis vor, s. z.B. RGZ 167, 260; BGHZ 17, 136; UEC-Richtlinien, S. 21 ff.
 - 2) Bei "normalem" Ertrag stimmen Substanz- und Ertragswert überein, s. UEC-Richtlinien, S. 20. In solchem Falle erübrigt sich der Ansatz eines Geschäftswerts. Dieser ist gleich Null. Das trifft auch dann zu, wenn das Unternehmen mit Verlust arbeitet, s.a. HUECK, Recht der OHG, S. 334.
 - 3) UEC-Richtlinien, S. 20; sog. Mittelwertmethode, Berliner Verfahren.
 - 4) S. SUDHOFF, GmbH-Vertrag, S. 392.
 - 5) Die Steuerbehörden wenden statt dessen das sog. Stuttgarter Verfahren an, bei welchem dem effektiven Ertrag des Unternehmens ein Normalertrag gegenübergestellt und die Differenz zwischen beiden dem Substanzwert hinzugerechnet wird; s. zur Bewertung von GmbH-Anteilen nach diesem Verfahren: BB 1966, 649(652) sowie allgemein: BB 1963, 1170.

Unternehmens zum Betrage des Stammkapitals¹⁾.

II. Abfindungsvereinbarung als geeignetes Mittel zur Vermeidung einer nachteiligen Abfindung auf gesetzlicher Grundlage

1. Relativität der Bewertungsregeln und Prozeßrisiko

Der Überblick über Bewertung und Abfindung auf gesetzlicher Grundlage zeigt, daß eine absolut und für jeden Einzelfall gültige Ermittlung des vollen Wertes des Geschäftsanteils nach den üblichen Bewertungsverfahren nicht möglich ist. Je nachdem, welches der in der Praxis anerkannten Bewertungsprinzipien der Wertermittlung zugrunde gelegt wird, muß das Ergebnis ein anderes sein. Es besteht also eine Relation zwischen dem Bewertungsverfahren und dem Ergebnis der Wertrechnung. Relativ ist die Ermittlung des vollen Wertes des Geschäftsanteils aber auch in bezug darauf, von wem sie vorgenommen wird. Je nachdem, ob der maßgebende Wert von der auf die Interessen der Gesellschaft bedachten Geschäftsführung allein oder von dieser unter Mitwirkung des Ausscheidenden oder von unabhängiger dritter Seite festgestellt wird - worüber insgesamt das Gesetz nichts vorschreibt -, fällt die zu zahlende Abfindung unterschiedlich aus. Daraus folgt, daß eine objektive, sowohl für die GmbH als auch für den ausscheidenden Gesellschafter annehmbare Regelung der Abfindung nur selten wird erreicht werden können. Entweder kommt es, oft nach langer Zeit, in der eine für beide Seiten nachteilige Ungewißheit besteht, die den Fortgang des Unternehmens und die Dispositionen des Ausscheidenden hemmt, zu einer Einigung, oder die Gerichte werden sich in einem Rechtsstreit mit der Frage zu befassen haben, was als voller Wert des Geschäftsanteils anzusehen und wie er zu ermitteln sei. Das hierbei auftretende, für beide Seiten bestehende Prozeßrisiko ist offenkundig.

1) HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 8. Voraussetzung ist allerdings, daß Stammkapital und die Summe aller Geschäftsanteile übereinstimmen, was z.B. nach vorhergegangener Einziehung eines Anteils nicht mehr zutrifft, s. BAUMBACH-HUECK, § 14 Anm. 1 B; HACHENBURG-SCHILLING, § 2 Anm. 48 u. 50, § 14 Anm. 3.

Denn je nachdem welches Bewertungsverfahren das Gericht zugrunde legt, ob allein auf den Substanz- oder den Ertragswert oder auf beide gemeinsam abgestellt wird, welche Gutachter herangezogen werden usw. ist auch hier der Ausgang des Verfahrens ungewiß.

2. Zweckmäßigkeit vertraglicher Abfindungsbestimmungen mit einfach zu handhabenden Bewertungsmaßstäben

Aus den dargelegten Gründen ist es zweckmäßig, wenn die GmbH-Gesellschafter in der Satzung die Bewertung und Abfindung für die Fälle des Ausscheidens von Gesellschaftern in einem Sinne regeln, der die mit Bewertung und Abfindung auf gesetzlicher Grundlage notwendig verbundenen Nachteile mildert oder vermeidet. Dies kann aber nur dann erreicht werden, wenn die Bewertung des Unternehmens an Kategorien anknüpft, die - anders als Substanz-, Ertrags- oder gemischte Werte - nicht relativ und variabel, sondern absolut und unveränderlich sind.

a) Nennwert, modifizierter Nennwert, Steuerwert

Als solche Wertkategorie kommt in erster Linie der invariable, für alle Zeit feststehende Nennwert der Geschäftsanteile der Gesellschafter in Betracht¹⁾, aber auch der vom Finanzamt bei der Bewertung des Vermögens zugrundegelegte Steuerwert, der zwar nicht unveränderlich, aber stabiler ist als die genannten Wertkategorien.

Deshalb empfiehlt SUDHOFF²⁾, auf den Nominalwert (mit oder ohne Berücksichtigung offener Rücklagen) oder den Steuerwert zurückzugreifen, "weil diese Wertmaßstäbe sofort zur Verfügung stehen und weil sie ein langwieriges Bewertungsverfahren überflüssig machen".

Sicher ist, daß auf diesem Wege der Wert eines Geschäftsanteils ohne Schwierigkeiten und zeitliche Verzögerungen festgestellt werden kann. Darüber hinaus weiß jeder Gesellschaf-

1) Dieser Nennwert darf nicht verwechselt werden mit dem Nennwert (Buchwert) des Gesellschaftsvermögens, der nach einer Bilanz erst zu ermitteln ist, s. SUDHOFF, GmbH-Vertrag, S. 390.

2) SUDHOFF: GmbH-Rdsch. 1962, 1595(1596).

ter von vornherein - und auch das ist von Vorteil -, mit welcher Abfindung er im Falle seines Ausscheidens aus der GmbH durch Ausschließung oder Austritt zu rechnen hat.

b) Ungleichwertigkeit der Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert

Andererseits stimmen aber gerade der Nennwert (auch der durch die Hinzurechnung von Rücklagen modifizierte Nennwert) und der Steuerwert mit dem vollen Wert des Geschäftsanteils in den seltensten Fällen überein. Der wirkliche Wert des Geschäftsanteils wird namentlich bei Gesellschaften, die ansehnliche Gewinne erwirtschaften und diese Gewinne nicht ausschütten, sondern zum Zwecke der Selbstfinanzierung thesaurieren, oder solchen, die über einen hohen Firmenwert verfügen¹⁾, in aller Regel ein Mehrfaches des Nennwertes ausmachen²⁾; nicht anders ist es beim Steuerwert, der sich an Einheitswerten orientiert, die oft (insbesondere bei Grundstücken) einem Bruchteil der wirklichen Werte entsprechen³⁾.

1) S. dazu o. S. 33/34.

2) Es gibt keine genauen Anhaltspunkte dafür, wie sich Nennwert und wirklicher Wert eines Geschäftsanteils i.d.R. zueinander verhalten, weil dies von zu vielen Faktoren abhängt, z.B. Art (Handels- oder Fabrikationsbetrieb), Alter, Branche, Führung des Unternehmens, Konjunktur, Selbst- oder Fremdfinanzierung usw.. Es dürfte jedoch zutreffen, daß bei einer Vielzahl von Unternehmen der wirkliche Wert des Geschäftsanteils das vier-, fünf-, zehn- und auch zwanzigfache des Nennwertes ausmacht.

3) Bei der Vermögenssteuerveranlagung für den 1. Jan. 1966 werden z.B. - trotz Neufeststellung der Einheitswerte, s. BewÄndG v. 13. Aug. 1965, BGBl. I 851 - die alten, auf den Wertverhältnissen von 1935 beruhenden Einheitswerte zugrunde gelegt. Der Einheitswert bei Grundstücken beträgt aber gegenwärtig durchschnittlich nur 15-25 % des sog. Verkehrswertes. Die nach dem Stand von 1964 ermittelten neuen Einheitswerte können voraussichtlich nicht vor 1970 angewendet werden, s. Pressenotiz in "Der Spiegel", Nr. 49/1966, S. 90. - Die Ungleichheit von Steuerwert und vollem Wert beruht namentlich auch darauf, daß der Firmenwert des Unternehmens in der Steuerbilanz nur berücksichtigt wird, wenn er entweder in der DM-Eröffnungsbilanz ausgewiesen war, oder wenn nach dem 21. Juni 1948 für seinen Erwerb ein Entgelt gezahlt worden ist, s. Vermögenssteuerergänzungsrichtlinien 1966: BB 1966, 649(651) Abschnitt 53.

Diese Ungleichwertigkeit hält gleichwohl die Gründer einer GmbH vielfach nicht davon ab, die Abfindung zum Nennwert (modifizierten Nennwert) oder Steuerwert für die Fälle des Ausscheidens einzelner Gesellschafter ausdrücklich im Gesellschaftsvertrage zu vereinbaren; denn auf den Vorteil einfacher Bewertung und Abfindung kommt es ihnen entscheidend an. Die Gründer lassen sich auch von der Überlegung leiten, daß eine solche Abfindung im Interesse der GmbH liegt, weil sie die Belastung ihres Vermögens mit Abfindungszahlungen einschränkt und damit die Gefahr einer Liquiditätsverengung mindert. Diese Überlegung führt im extremen Falle sogar zu der Vereinbarung, daß durch Ausschließung oder Austritt ausscheidende Gesellschafter gar kein Entgelt erhalten, z.B. also ihr Geschäftsanteil nach § 34 GmbHG unentgeltlich eingezogen werden soll. Das entgegengesetzte Interesse einzelner Gesellschafter an einer Abfindung zum vollen Wert des Geschäftsanteils tritt demgegenüber in den Hintergrund, zumal Ausschließung und Austritt als Ausnahmefälle angesehen werden, die sich selten verwirklichen¹⁾.

Damit tritt nun das Kernproblem dieser Untersuchung in den Vordergrund:

Es war festgestellt worden, daß Abfindungsvereinbarungen generell zulässig²⁾, ferner daß sie aus Gründen einfacher Bewertung und Abfindung zweckmäßig sind³⁾. Die entscheidende Frage lautet nun, ob Abfindungsvereinbarungen, welche für die Fälle des Ausscheidens einzelner Gesellschafter aus der GmbH, also insbesondere für Ausschließung und Austritt eine ungleichwertige Abfindung z.B. zum Nenn- oder Steuerwert des Geschäftsanteils vorsehen, inhaltlich zulässig sind. Zu prüfen ist, ob es inhaltliche Grenzen der Vertragsfreiheit bei der Bestimmung der Abfindung gibt; im Falle der Bejahung, wie diese gezogen werden müssen.

1) Mitunter kann es sich auch um eine reine Machtfrage handeln, ob derartige Vereinbarungen zustande kommen: ein Interessent wird vor die Wahl gestellt, ihnen zuzustimmen oder aber der Vereinigung fernzubleiben. Da ihm das letztere von größerem Nachteil ist, erklärt er sich einverstanden. Schließlich beruhen Vereinbarungen, welche die Nennwertabfindung vorsehen, einfach auch darauf, daß Gesellschaftsverträge aus Formularbüchern zusammengestellt und von rechtsunkundigen Vertragspartnern in ihrer Tragweite verkannt werden.

2) S. o. S. 25 ff.

3) S. o. S. 28 ff.

C. Inhaltliche Grenzen der Vertragsfreiheit bei der Bestimmung der Abfindung in der Satzung

I. Übersicht

Aus den folgenden Überlegungen können alle solchen vertraglichen Abfindungsregelungen als unproblematisch ausgeklammert werden, die lediglich Modalitäten der Bewertung und Abfindung (also z.B. deren Art) eines ausscheidenden Gesellschafters für seinen Geschäftsanteil betreffen, sofern nur davon ausgegangen und in der Satzung festgelegt wird, daß der (annähernd) volle Gegenwert als Abfindung gezahlt werden soll. Insoweit nämlich sind alle Abfindungsregelungen unzweifelhaft von der Satzungsautonomie gedeckt. Von Interesse sind nur solche Satzungsbestimmungen, die - aus möglicherweise verschiedenen Motiven, zumeist aber wegen der erstrebten Einfachheit von Bewertung und Abfindung - ungleichwertige Abfindungsentgelte vorsehen, sei es für die Fälle von Ausschließung und Austritt allein oder auch für andere Ausscheidungstatbestände. Das ist - wie festgestellt - in aller Regel bei der Vereinbarung einer Abfindung zum Nennwert oder Steuerwert des Geschäftsanteils der Fall¹⁾, bei welcher der ausscheidende Gesellschafter nur einen Bruchteil seines Anteils am Gesellschaftsvermögen zurückhält, also Ausschließung und Austritt notwendig zu einer Minderung seines Vermögens führen. Diese ist extrem hoch, wenn eine Abfindung überhaupt ausgeschlossen ist. Hier ist ein ausscheidender Gesellschafter um den gesamten Wert seiner Beteiligung an der GmbH enteichert.

Solche Bestimmungen sind nicht unter Berufung auf das Prinzip der Satzungsautonomie und den Satz "volenti non fit iniuria" zu rechtfertigen. Vielmehr muß systematisch untersucht werden, ob und inwieweit gerade in bezug auf die zwingenden Rechte auf Ausschließung oder Austritt von GmbH-Gesellschaftern Beschränkungen bestehen, die bei der Bestimmung der Abfindung im Gesellschaftsvertrage notwendig zu beachten sind.

1) S. oben S. 37 ff.

Ein Überblick über Rechtsprechung und Literatur, die sich mit abfindungsbeschränkenden Klauseln in der Satzung der GmbH befassen, soll dieser Prüfung vorausgehen.

II. Die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur

1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In einem Urteil aus dem Jahre 1960 entschied der Bundesgerichtshof, daß eine Satzungsbestimmung, die die Einziehung eines Geschäftsanteils für den Fall seiner Pfändung oder des Konkurses seines Inhabers gegen nicht vollwertiges Entgelt zuläßt, nichtig sei¹⁾. In den Entscheidungsgründen, die hier in Grundzügen wiedergegeben werden, ist das Gericht (mittelbar) auch auf die Frage der Zulässigkeit abfindungsbeschränkender Vereinbarungen für die Fälle der Ausschließung und des Austritts von GmbH-Gesellschaftern eingegangen.

Nach § 15 V GmbHG - so argumentiert der Bundesgerichtshof - könne die Abtretung der Geschäftsanteile gesellschaftsvertraglich von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht und auch an andere Voraussetzungen geknüpft werden. Dies gelte jedoch nur für die freiwillige Veräußerung eines Geschäftsanteils. Ein in die Satzung aufgenommenes Abtretungsverbot oder eine Erschwerung der Abtretung für den Fall der Pfändung und des Konkurses sei daher ungültig; eine Satzungsbestimmung, nach der Geschäftsanteile überhaupt nicht sollen gepfändet werden können, sei nach § 134 BGB nichtig. Solle die durch §§ 137 BGB, 851 II, 857 I u. III ZPO getroffene Regelung, wonach ein an sich pfändbares Recht nicht durch den vertraglichen Ausschluß seiner Übertragbarkeit unpfändbar gemacht werden kann, nicht lückenhaft bleiben, so müsse die statuarische Anordnung, daß ein Geschäftsanteil im Falle seiner Pfändung unentgeltlich oder gegen nicht vollwertiges Entgelt eingezogen werden könne, ebenso unzulässig sein wie die Satzungsbestimmung, welche die Pfändung der Geschäftsanteile über-

1) BGHZ 32, 151 ff.

haupt verbiete oder von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig mache¹⁾.

Nach einem Hinweis auf das berechnigte Interesse der Gesellschaften daran, das Eindringen eines Dritten in die Gesellschaft zu verhindern und durch Satzungsbestimmungen sicherzustellen, daß Gläubiger nur auf den Wert des Geschäftsanteils Zugriff nehmen könnten, heißt es dann: "Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können sie (die Gesellschaften) auch das Entgelt für einen einzuziehenden Geschäftsanteil festlegen. Sie können dabei aber nicht die durch Gesetz und gute Sitte gezogenen Schranken überspringen."²⁾ Eine Satzungsbestimmung, die die Einziehung eines Geschäftsanteils eigens für den Fall seiner Pfändung oder des Konkurses seines Inhabers gegen nicht vollwertiges Entgelt vorsehe, werde von der Ermächtigung des § 15 V GmbHG nicht gedeckt²⁾.

Im Rahmen dieser Ermächtigung liegt jedoch nach Ansicht des Bundesgerichtshofs eine Satzungsbestimmung, die für den Fall einer groben Pflichtwidrigkeit, gesellschaftsschädlichen Verhaltens oder eines unverschuldeten Ausschlussgrundes (Krankheit, Entmündigung) die Einziehung des Geschäftsanteils gegen nicht vollwertiges Entgelt vorsieht. Die in einer solchen Satzungsbestimmung enthaltene Wertminderung treffe den pfändenden Gläubiger nicht als Folge der Zwangsvollstreckung, sondern nur dann, wenn vor der Pfändung derjenige Tatbestand verwirklicht sei, an dessen Verwirklichung die Satzung das Einziehungsrecht knüpfe. Hier könne die Zwangsvollstreckung nur den durch die vorherige Tatbestandsverwirklichung verminderten Wert des Anteils erfassen. Anders sei es jedoch, wenn es zur Pfändung des Anteils oder zum Konkurs des Gesellschafters komme, bevor ein anderer Einziehungstatbestand verwirklicht sei. Dann trete die Wertminderung erst und gerade durch Pfändung oder Konkurseröffnung ein, und zwar auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für alle Einziehungstatbestände denselben Abfindungsmaßstab oder für einzelne Einziehungstatbestände die gleiche Abfindung wie für die Fälle der Zwangsvollstreckung vorsehe. Es komme, so meint der Bundesgerichtshof,

1) BGHZ 32, 155/156; ebenso RGZ 142, 373(376).

2) BGHZ 32, 156.

nicht darauf an, ob der Gesellschaftsvertrag außer dem Pfändungs- und Konkursfall noch andere Tatbestände für die Einziehung eines Geschäftsanteils gegen nicht vollwertiges Entgelt kenne, sondern darauf, ob sich die getroffene Regelung im Rahmen der Ermächtigung des § 15 V GmbHG halte¹⁾.

Der Bundesgerichtshof geht also davon aus, daß nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit für alle Ausscheidenstatbestände, also auch für Ausschließung (diese wird ausdrücklich genannt) und Austritt aus wichtigem Grund, die Abfindung beliebig festgesetzt werden kann, sofern "nicht die durch Gesetz und gute Sitte gezogenen Schranken" übersprungen werden. Eine solche allgemeine (immanente) Grenze der Vertragsfreiheit, nämlich das gesetzliche Verbot einer dem vollen Wert des Geschäftsanteils nicht entsprechenden Abfindung, wird für die Fälle von Pfändung und Konkurs angenommen, nicht aber auch für andere Ausscheidenstatbestände. Für diese wird - ohne Begründung - die uneingeschränkte Geltung des Prinzips der Satzungsautonomie als selbstverständlich unterstellt²⁾.

1) BGHZ 32, 156, 157. - Danach erhält also der pfändende Gläubiger eines Gesellschafters grundsätzlich - auch bei abweichender Satzungsbestimmung - den vollen Wert des Geschäftsanteils. Ausnahmsweise dann, wenn vor Pfändung ein anderer Ausscheidenstatbestand, für den ein dem vollen Wert nicht entsprechendes Entgelt vorgesehen war, z.B. ein Ausschließungsgrund gegeben ist, muß sich der pfändende Gläubiger mit dem geringeren Wert begnügen. - In Kauf genommen wird hierbei ausdrücklich, daß der von der Pfändung betroffene Gesellschafter im Einzelfalle, nämlich dann, wenn erst gepfändet und dann ein anderer Einziehungstatbestand - z.B. Ausschließung wegen Entmündigung - verwirklicht wird, einen höheren Abfindungsbetrag erhält, als wenn die umgekehrte Entwicklung eintritt. Unvermeidlich ist auch eine unterschiedliche Behandlung eines durch Pfändung ausscheidenden Gesellschafters gegenüber Gesellschaftern, bei denen andere Ausscheidenstatbestände (z.B. ein Ausschließungsgrund) eintreten, wenn in der Person des durch Pfändung ausscheidenden Gesellschafters vor der Pfändung ein anderer Einziehungstatbestand nicht verwirklicht worden ist. Auf diese und andere Konsequenzen der Entscheidung kann hier indes nicht eingegangen werden. S. dazu unten S. 70 (71) N. 2 und KNUR: DNotZ 1961, 299, der darin zutreffend ein ungerechtfertigtes Ergebnis sieht, das de lege ferenda durch eine eindeutige gesetzliche Regelung vermieden werden sollte.

2) Zur Kritik an diesem Urteil s. unten S. 70 N. 2.

2. Die Meinungen von HUECK und SUDHOFF

Unter den wenigen Autoren in der Literatur, die sich eingehender mit den inhaltlichen Grenzen der Vertragsfreiheit bei der Bestimmung der Abfindung für die Fälle des Ausscheidens, insbesondere Ausschließung und Austritt von GmbH-Gesellschaftern befassen, sind HUECK und SUDHOFF hervorzuheben.

a) Die Ansicht von HUECK

HUECK¹⁾ behandelt die Fälle der Pfändung des Geschäftsanteils, des Konkurses eines GmbH-Gesellschafter, des Austritts und der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund sowie der Auflösung der GmbH.

aa) Pfändung eines Geschäftsanteils

Für die Fälle der Pfändung und des Konkurses - die in dieser Untersuchung nur mittelbar von Bedeutung sind - teilt HUECK die Ansicht des Bundesgerichtshofs. Eine Satzungsbestimmung, die die Einziehung des Geschäftsanteils gegen ein ungleichwertiges Entgelt, z.B. zum Nenn- oder Steuerwert, vorsehe, sei unzulässig, weil sie die Rechte der Gläubiger in unerlaubter Weise beeinträchtigt und diese schädigt. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn die GmbH den (die) Gläubiger befriedige²⁾.

bb) Austritt aus der GmbH

Auch eine Satzungsbestimmung, welche die Einziehung des Geschäftsanteils ohne Entgelt oder zu einem nicht vollwertigen Entgelt (Nennwert, Steuerwert) für den Fall des Austritts eines GmbH-Gesellschafter aus wichtigem Grund vorsieht, hält HUECK für unzulässig. Besonders dann, wenn eine GmbH ausgesprochen zu dem Zweck gegründet sei, Betriebsvermögen zum Zwecke der Selbstfinanzierung anzusammeln³⁾ und nicht, um in

1) HUECK, Die Bedeutung der Zwangsamortisation von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH: Betrieb 1957, 37-40.

2) HUECK, a.a.O., 37, 38.

3) HUECK nennt eine solche Gesellschaft "Finanzierungs-GmbH".

erster Linie Gewinn auszuschütten, könne damit gerechnet werden, daß sich der Wert der Geschäftsanteile im Laufe der Zeit stark erhöhe, vielleicht vervielfältige. Die Androhung der Amortisation zum Nennwert (oder Steuerwert) des Geschäftsanteils stelle sich hier als eine Art Strafe dar, die dem Gesellschafter die Verwirklichung eines begründeten Austrittsrechts in unzulässiger Weise erschwere. Das Austrittsrecht habe ebenso wie die gesetzlichen Vorschriften, aus denen es abgeleitet sei (z.B. §§ 626, 723 BGB, 70, 89 a, 133 HGB), zwingenden Charakter, könne also nicht im voraus ungebührlich beschränkt werden.

Zulässig ist dagegen nach Ansicht HUECKs eine Satzungsbestimmung, welche die Einziehung zu einem "angemessenen Entgelt" vorsieht¹⁾. Das angemessene Entgelt lasse sich am einfachsten bestimmen "in Anlehnung an den vom Finanzamt für das Gesamtvermögen der GmbH festgestellten Wert", den Steuerbilanzwert, wobei notfalls eine entsprechende Fortschreibung bis zum Zeitpunkt der Amortisation vorzunehmen sei²⁾.

cc) Ausschließung aus der GmbH

Anders verfährt HUECK für den Fall der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund. Hier könne die Satzung das Entgelt beliebig festsetzen und sogar eine unentgeltliche Amortisation vorschreiben. Das könne namentlich am Platze sein, wenn ein schweres Verschulden der Ausschließungsgrund sei und entspreche im übrigen dem Zweck der Finanzierungs-GmbH, Kapital für die Zwecke des Unternehmens sicherzustellen³⁾.

-
- 1) Der Begriff der "Angemessenheit" ist freilich wenig bestimmt und läßt verschiedene Deutungen zu. Eine Satzungsbestimmung, die ihn verwendet, wäre daher wenig praktikabel.
 - 2) HUECK, a.a.O., 39, wo dieselben Überlegungen auch ange stellt werden für den Fall der Erhebung der Auflösungsklage nach § 61 GmbHG. - Die Anlehnung an den Steuerbilanzwert, um ein "angemessenes Entgelt" zu bestimmen, erscheint bedenklich schon deswegen, weil hierbei der Firmenwert regelmäßig unberücksichtigt bleibt, s. oben S. 38.
 - 3) HUECK, a.a.O., 39.

b) Die Ansicht von SUDHOFF

SUDHOFF¹⁾ stellt zwar in erster Linie auf die betriebswirtschaftliche Seite, insbesondere die Schwierigkeit der Bewertungsverfahren ab, geht aber auch auf die rechtliche Problematik abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen näher ein.

aa) Pfändung eines Geschäftsanteils

Für die Fälle der Pfändung und des Konkurses ist SUDHOFF der Meinung, daß Satzungsbestimmungen, welche die unentgeltliche Einziehung oder die Einziehung zum Nennwert oder Steuerwert vorsehen, wirksam nicht vereinbart werden können, falls sie nur für die Fälle der Zwangsvollstreckung (des Konkurses) gelten sollen. Ein solches Verfahren stelle einen Eingriff in das staatliche Vollstreckungsverfahren dar²⁾ und bedeute ein absichtliches Handeln zum Nachteil sowie eine Schädigung der vollstreckenden Gläubiger³⁾.

Etwas anderes gilt nach SUDHOFF dann, wenn die Einziehung zum ungleichwertigen Entgelt nicht nur für die Fälle der Zwangsvollstreckung, sondern z.B. auch für den Fall schuldhaften gesellschaftswidrigen Verhaltens oder gar für alle Abfindungsfälle (z.B. Ausschließung, Austritt, Erbfall, Zwangsvollstreckung) vorgesehen ist: Hier könne von absichtlicher Gläubigerbenachteiligung nicht die Rede sein, und ein vollstreckender Gläubiger müsse die Wertminderung gegen sich gelten lassen, weil der Geschäftsanteil des Schuldners von vornherein im Wert gemindert sei und der Pfandgläubiger nicht mehr Rechte als der Schuldner haben könne⁴⁾.

1) SUDHOFF, Anteilbewertung und GmbH-Statut: Betrieb 1962, 1595-1598.

2) So auch PLEYER: GmbH-Rdsch. 1960, 124(125).

3) SUDHOFF, a.a.O., 1595, 1596; ders., GmbH-Vertrag, S. 331.

4) Anders wohl BGHZ 32, 151 ff - womit SUDHOFF sich indes in Übereinstimmung sieht -, da nach den Urteilsgründen abfindungsbeschränkende Klauseln für die Fälle von Pfändung und Konkurs auch dann nichtig sind, wenn sie darüber hinaus für weitere Abfindungsfälle vorgesehen sind, s. oben S. 41 ff.

bb) Ausschließung, Austritt aus der GmbH

Für den Fall der Ausschließung wegen schuldhafter Verstöße gegen die Satzung oder schuldhaft geschäftsschädigenden Verhaltens hält SUDHOFF sogar die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils für unbedenklich, hat aber Zweifel, ob dies in sonstigen Fällen, z.B. bei schuldloser Vertragsverletzung oder für den Krankheitsfall gelten kann. Hier sei es aber zulässig (und empfehlenswert)¹⁾, für die Abfindung auf bestimmte Bewertungsverfahren und von Anfang an feststehende Bewertungskategorien, z.B. den Nennwert (mit oder ohne Berücksichtigung der offenen Rücklagen) oder den Steuerwert zurückzugreifen. Weil die Heranziehung solcher Hilfswerte nicht so sehr in der Absicht erfolge, ausscheidende Gesellschafter ungleichwertig abzufinden, sondern um ein einfaches Bewertungsverfahren zu erhalten, könne eine Abfindung zum normierten, ungleichwertigen Entgelt auch für alle sonstigen Fälle, z.B. auch bei Austritt aus der GmbH, Erbfall usw. vereinbart werden²⁾.

Eine Einschränkung wird jedoch für den Fall gemacht, daß die Satzung die Abtretung von Geschäftsanteilen untersagt, weil sich der einzelne Gesellschafter dann nur durch Austritt gegen ungleichwertiges Entgelt von der GmbH lösen könne, worin möglicherweise eine unzulässige Erschwerung des Austrittsrechts liege³⁾⁴⁾.

3. Andere Meinungen in der Literatur

Im folgenden sollen noch die Meinungen anderer Autoren zur Frage der Zulässigkeit abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen kurz wiedergegeben werden:

1) S. oben S. 37.

2) SUDHOFF, a.a.O., S. 1596.

3) SUDHOFF, a.a.O., S. 1596.

4) S. auch neuerdings SUDHOFF: Betrieb 1965, 655, wo im Hinblick auf die Personengesellschaften auf diesen Fragenkreis eingegangen wird. Die Abfindung zum Vermögenswert (Buchwert) oder zum Ertragswert oder Nominalwert - heißt es dort - führe zwar selten zu dem Ziel einer "möglichst genauen, möglichst gerechten Auseinandersetzungsbewertung". Rechtlich sei aber gegen sie nichts einzuwenden, wenn sie für alle Auseinandersetzungsfälle gelte.

a) Pfändung eines Geschäftsanteils

Für die Fälle der Zwangsvollstreckung steht die Mehrzahl der Autoren auf dem Standpunkt des Bundesgerichtshofs¹⁾, wonach Satzungsbestimmungen, welche die unentgeltliche Einziehung oder die Einziehung des Geschäftsanteils zum ungleichwertigen Entgelt (Nennwert bzw. Steuerwert) vorsehen, unzulässig sind²⁾.

b) Ausschließung und Austritt aus der GmbH

Zur Frage der Zulässigkeit abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen für Fälle der Ausschließung und des Austritts aus der GmbH aus wichtigem Grund sind weitere unmittelbare Stellungnahmen im Schrifttum nicht ersichtlich. Eine Reihe von Autoren geht jedoch mittelbar, nämlich unter dem Gesichtspunkt der abfindungsbeschränkenden Satzungsbestimmungen für die Fälle der Zwangsvollstreckung auf diese Frage ein³⁾.

(1) Nach Ansicht von PLEYER⁴⁾ sind Satzungsbestimmungen, welche die Abfindung zum ungleichwertigen Entgelt des Geschäftsanteils vorsehen, zulässig, soweit sie "nur die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Geschäftsanteils (Gegensatz: Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung) ergreifen⁵⁾. Der betroffene Gesellschafter müsse sie gegen sich gelten lassen, weil er sich ihnen freiwillig unterworfen habe⁶⁾.

1) BGHZ 32, 151 ff.

2) So z.B. FISCHER: GmbH-Rdsch. 1961, 25; SCHOLZ, § 15 Anm. 84; SCHULER: NJW 1961, 2281; BAUMBACH-HUECK, § 15 Anm. 6 B; HUECK: Betrieb 1957, 37; a.M. HACHENBURG-SCHILLING, § 15 Anhang I Anm. 17; HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 6, wonach eine Satzungsbestimmung, die für die Fälle der Pfändung (des Konkurses) auf den Nennwert oder Steuerwert abstellt, wirksam ist; ebenso SCHMIDT: DNotZ 1950, 472 (Anm. zu OLG Hamburg).

3) Es handelt sich hier in der Mehrzahl um Besprechungen von BGHZ 32, 51 ff.

4) PLEYER, Einziehung von GmbH-Anteilen durch Satzungsbestimmungen: GmbH-Rdsch. 1960, 124.

5) Hierunter fallen auch Abtretung bzw. Einziehung des Geschäftsanteils in den Fällen von Ausschließung und Austritt, obwohl namentlich die Einziehung strenggenommen kein Fall einer "Veräußerung" ist, weil hierbei der Geschäftsanteil vernichtet wird.

6) PLEYER, a.a.O., S. 125.

Diese Begründung ist also allein auf den Satz "volenti non fit iniuria" abgestellt.

(2) SIMON¹⁾ hält u.a. mit der Begründung, die Differenzierung zwischen verschiedenen Einziehungsgründen führe zu wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen, die Einziehung eines GmbH-Anteils zu einem nicht vollwertigen Entgelt auch für den Fall seiner Pfändung für zulässig²⁾. Mittelbar ist dem zu entnehmen, daß SIMON die Einziehung (Abfindung) zum ungleichwertigen Entgelt auch in allen anderen Fällen, darunter Ausschließung und Austritt von GmbH-Gesellschaftern, für statthaft hält. In diesem Sinne heißt es auch an anderer Stelle, in Fällen, in denen die Einziehung - wie üblich - auch für andere Tatbestände vorgesehen sei (Verfehlungen, Arbeitsunfähigkeit, Tod eines Gesellschafters usw.), könne durchaus die Einziehung zu einem geringeren oder sogar ohne Entgelt vereinbart werden³⁾.

(3) FISCHER⁴⁾ ist der Ansicht, ein Pfändungsgläubiger müsse eine Bestimmung gegen sich gelten lassen, die die Einziehung des Geschäftsanteils gegen nicht vollwertiges Entgelt für den Fall zulasse, daß ein Gesellschafter aus Gründen in seiner Person (Ausschließung, Austrittserklärung oder Pfändung seines Geschäftsanteils) aus der Gesellschaft ausscheide. Die Wertminderung des Anteils durch eine solche gesellschaftsvertragliche Bestimmung müsse der Gläubiger hinnehmen, weil sie seinen Schuldner von vornherein in der Weise belaste, daß sein Geschäftsanteil im Falle seines Ausscheidens aus Gründen in seiner Person stets gegen nicht vollwertiges Entgelt eingezogen werden könne⁵⁾.

Es wird hiernach von der Zulässigkeit abfindungsbeschränkender Satzungsregelungen, namentlich für die Fälle von Ausschließung und Austritt aus der GmbH, ausgegangen, wenn auch die Frage

1) SIMON, Einziehung eines gepfändeten Geschäftsanteils nur gegen vollwertiges Entgelt?: GmbH-Rdsch. 1961, 137 ff.

2) SIMON, a.a.O., S. 139; entgegen BGHZ 32, 151 ff.

3) SIMON, a.a.O., S. 138.

4) FISCHER, Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils: GmbH-Rdsch. 1961, 21 ff.

5) FISCHER, a.a.O., S. 26.

danach zwar gestellt, aber nicht ausdrücklich beantwortet wird¹⁾.

(4) SCHULER²⁾ sagt ausdrücklich, wegen anderer Tatbestände als der Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil oder des Konkurses des Gesellschafters könne die Satzung auch die unentgeltliche Einziehung oder die Einziehung unter dem vollen Wert (Nennwert, Steuerwert usw.) vorsehen. Hiergegen seien die Gläubiger der Gesellschaft nicht geschützt. Sie hätten nicht mehr Rechte als die Gesellschafter³⁾.

Diese Argumentation sieht - wie dies auch bei anderen Autoren sowie in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴⁾ zu beobachten ist - Grenzen der Satzungsgestaltung hinsichtlich der Vereinbarung einer ungleichwertigen Abfindung nur im Hinblick auf außenstehende Gläubiger der Gesellschafter; sie setzt voraus, daß die Freiheit der Satzungsregelung grundsätzlich die Möglichkeit umfaßt, die Rechte der Gesellschafter auf Abfindung für die Fälle des Ausscheidens aus der GmbH nach Belieben zu beschränken.

Dies bringt SCHULER auch zum Ausdruck, wenn er an anderer Stelle⁵⁾ sagt, die Satzung könne "im allgemeinen" bestimmen, ob der Geschäftsanteil unentgeltlich oder gegen ein bestimmtes Entgelt (Nennbetrag, Steuerwert) oder gegen vollwertiges Entgelt eingezogen werde.

Damit sind alle Ausscheidenstatbestände außer der Pfändung und dem Konkurs - also auch Ausschließung und Austritt - gemeint.

(5) OBERMÜLLER⁶⁾ weist darauf hin, daß zwar "in aller Regel" in den (Gesellschafts-)Verträgen die Einziehung nur gegen Entgelt zugelassen werde. Abgesehen von dem Falle der Pfän-

1) FISCHER, a.a.O., S. 25.

2) SCHULER, Einziehung gepfändeter GmbH-Anteile: NJW 1961, 2281 ff.

3) SCHULER, a.a.O., S. 2282.

4) S. oben S. 41 ff.

5) SCHULER, Einziehung von GmbH-Anteilen: GmbH-Rdsch. 1962, 114(116).

6) OBERMÜLLER, Zur Einziehung von Geschäftsanteilen der GmbH: Betrieb 1961, 598.

dung sei das aber nicht notwendig; es könne auch die unentgeltliche Einziehung vorgesehen werden.

(6) Der Meinung, daß die Abfindung zum ungleichwertigen Entgelt, insbesondere zum Nennwert oder Steuerwert für die Fälle der Ausschließung und des Austritts eines GmbH-Gesellschafters in der Satzung vereinbart werden könne, sind offenbar auch SCHILLING¹⁾ und SCHMIDT²⁾, die es für zulässig halten, das Entgelt für die Einziehung des Geschäftsanteils im Falle der Pfändung nach dem Nenn- oder Steuerbilanzwert zu bemessen³⁾. Es folgt daraus, daß dies - ist es nach Ansicht dieser Autoren schon für diesen Fall unbedenklich - auch in allen anderen Fällen des Ausscheidens eines GmbH-Gesellschafters zulässig ist.

(7) Schließlich hebt auch SCHOLZ⁴⁾ hervor, das Erfordernis der Vollwertigkeit des Abgeltungsbetrages gelte nur, wenn die Einziehung als Folge der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses vorgenommen werde⁵⁾.

4. Ergebnis

Dieser Überblick zeigt, daß der Bundesgerichtshof und die Mehrzahl der Autoren in der Literatur ausdrücklich der Meinung sind oder doch mittelbar zu verstehen geben, eine Satzungsbestimmung, welche die Abfindung eines durch Ausschließung oder Austritt aus der GmbH ausscheidenden Gesellschafters zum ungleichwertigen Entgelt, insbesondere zum Nennwert oder Steuerwert vorsehe, sei zulässig. Nur HUECK und SUDHOFF machen geringfügige Einschränkungen: HUECK fordert, ein aus der GmbH austretender Gesellschafter habe Anspruch auf ein "angemessenes" Entgelt; SUDHOFF differenziert danach, ob die abfindungsbeschränkende Satzungsbestimmung lediglich für die Fälle von Ausschließung und Austritt oder auch für andere Ausscheidenstatbestände vorgesehen ist.

1) HACHENBURG-SCHILLING, § 15 Anhang I Anm. 17.

2) SCHMIDT: DNotZ 1950, 472.

3) S. a. oben S. 48 N. 2.

4) SCHOLZ, Nachtrag 1964, § 15 Anm. 84, s.a. ders. § 15 Anm. 79 u. 84.

5) Insoweit unter Hinweis auf und in Übereinstimmung mit BGHZ 32, 151 ff.

Es ist also herrschende Meinung, daß die Vertragsfreiheit bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Satzung hinsichtlich der Abfindung ausscheidender, insbesondere auszuschließender oder austretender GmbH-Gesellschafter unumschränkt gilt. Sogar die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils, also der Ausschluß jeder Abfindung wird für zulässig gehalten.

III. Die Abfindung zum nicht vollwertigen Entgelt des Geschäftsanteils (insbesondere zum Nennwert oder Steuerwert)

1. Der Grundsatz der Vertragsautonomie und seine allgemeinen Grenzen

Die unumschränkte Geltung des Prinzips der Satzungsautonomie im Recht der GmbH ist für die herrschende Meinung sowohl Ausgangs- als auch Endpunkt ihrer Überlegungen. Die Zulässigkeit abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen jeglichen Inhalts für jegliche Fälle¹⁾ - namentlich also für diejenigen von Ausschließung und Austritt - ergibt sich daraus ohne weitere Begründung.

Hiernach würden hinsichtlich der inhaltlichen Regelung der Abfindung in der Ursprungssatzung der GmbH nur die allgemeinen, immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit gelten²⁾:

a) die Satzungsbestimmung darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen.

Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB, welche der Abfindungsregelung gerade für die Fälle von Ausschließung und Austritt aus der GmbH eine Grenze setzen, sind indes nicht ersichtlich;

b) die Satzungsbestimmung darf nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

Ein solcher Sittenverstoß, der nach § 138 BGB Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge hat, wird in der Praxis selten festzustellen sein. Er scheidet namentlich dort aus, wo die Gesellschafter sich bei der Satzungsgestaltung maßgeblich von dem

1) von dem der Zwangsvollstreckung und des Konkurses einmal abgesehen.

2) S. oben S. 28.

Ziel leiten lassen, die Bewertung und Abfindung zu erleichtern, aber wohl auch dann, wenn es nur (oder auch) darum geht, die Vermögenssubstanz der GmbH möglichst ungeschmälert zu erhalten; denn insoweit liegt ein - zunächst gemeinsames - berechtigtes Interesse der Gründer an einer ungehinderten Entfaltung des Unternehmens zugrunde. Eine Absicht, durch die abfindungsbeschränkende Satzungsregelung ausscheidende Gesellschafter zu schädigen, besteht dagegen in aller Regel nicht.

Ein Sittenverstoß wird ausnahmsweise anzunehmen sein, wenn die Satzung ein ungleichwertiges Entgelt ausschließlich für die Fälle der Zwangsvollstreckung und des Konkurses vorsieht, die hier nur mittelbar von Interesse sind. In einer solchen Vereinbarung liegt ein absichtliches Handeln zum Nachteil Dritter. Es hat nach § 138 BGB Nichtigkeit zur Folge, sofern nicht auf andere Weise die Befriedigung der Gesellschafter-Gläubiger, die auf derartige Abreden als Nichtbeteiligte ohne Einfluß sind, sichergestellt wird¹⁾. Sittenwidrig ist in der Regel auch der Ausschluß jeder Abfindung bei Ausscheiden unter Lebenden²⁾;

c) die Satzungsbestimmung darf nicht die Grenzen überschreiten, die durch das Wesen der GmbH³⁾ gezogen sind. Auch diese allgemeine Grenze wird durch abfindungsbeschränkende Klauseln nicht berührt. Voraussetzung dafür wäre nämlich, daß der Abfindungsanspruch Bestandteil der unverzichtbaren Rechtsstellung eines GmbH-Gesellschafters ist. Das trifft indes nicht zu. Sogar der Anspruch auf die Liquidationsquote, der - anders als der Abfindungsanspruch - ausdrücklich in § 72 GmbHG geregelt ist, gehört nach allgemeiner Meinung⁴⁾ zu den verzichtbaren, also nicht wesentlichen Bestandteilen der Mitgliedschaft in der GmbH. Für den ihm vergleichbaren Abfindungsanspruch kann insoweit nichts ande-

1) So zutreffend SUDHOFF: Betrieb 1962, 1595(1596); SCHOLZ, § 15 Anm. 84; HUECK: Betrieb 1957, 37; FISCHER: GmbH-Rdsch. 1961, 25(dort N. 27); a.M. HACHENBURG-SCHILLING, § 15 Anh. I Anm. 17; SCHMIDT: DNotZ 1950, 474; s.a.u. S. 70 N. 2.

2) So auch KNÖCHLEIN: DNotZ 1960, 452(455).

3) Zur Problematik des Begriffs "Wesen der GmbH" s.u. S. 114.

4) RGZ 169, 65(82); BGHZ 14, 264(272); BAUMBACH-HUECK, § 72 Anm. 1; HACHENBURG-SCHMIDT, § 72 Anm. 7; SCHOLZ, § 72 Anm. 9.

res gelten¹⁾.

Darüberhinaus ist jedoch nunmehr zu fragen, ob der Satzungsautonomie neben diesen allgemeinen, immanenten noch besondere Grenzen gesetzt sind, die sich aus den besonderen Tatbeständen ergeben, an welche die abfindungsbeschränkende Satzungsbestimmung anknüpft. Auf diese Frage geht die herrschende Meinung nicht ein. Sie ist indes, wie sich zeigen wird, von entscheidender Bedeutung.

2. Unzulässige wirtschaftliche Erschwerung des Austritts aus der GmbH

Eine solche besondere Grenze der Satzungsautonomie kann zunächst bestehen hinsichtlich der Vereinbarung von Abfindungsbeschränkungen für die Fälle des Austritts einzelner Gesellschafter aus der GmbH. In der Abfindung eines austretenden Gesellschafters zu einem dem vollen Wert seines Geschäftsanteils nicht entsprechenden Entgelt oder dem völligen Ausschluß der Abfindung könnte nämlich eine unzulässige, gegen zwingendes Recht verstoßende wirtschaftliche Erschwerung des Austrittsrechts liegen. Nur HUECK²⁾ und SUDHOFF³⁾ deuten auf diese Möglichkeit hin. Unter Hinweis auf die Rechtslage bei den Personengesellschaften, namentlich bei der OHG, sind sie der Meinung, das dort geltende Verbot einer Kündigungserschwerung durch Zufügung von Auseinandersetzungsungleichheiten müsse auch für die GmbH gelten, weil die Rechtslage "hier ebenso"⁴⁾ sei. Eine tiefer gehende Begründung dafür fehlt.

Ob die für die Personengesellschaften geltenden Vorschriften, nach denen gleichermaßen Vereinbarungen über den Ausschluß und die Beschränkung des Kündigungsrechts nichtig sind, im GmbH-Recht entsprechend zu gelten haben, soll daher eingehend untersucht werden. Zu diesem Zweck ist zunächst auf die Rechtslage bei den Personengesellschaften einzugehen.

1) Zu der Frage, ob die Verkürzung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs im Wege der Satzungsänderung gegen das Wesen der GmbH verstößt, s. im einzelnen unten S. 113 ff.

2) HUECK: Betrieb 1957, 37(39); s. oben S. 44.

3) SUDHOFF: Betrieb 1962, 1595(1596); s. oben S. 46.

4) SUDHOFF, a.a.O., 1596.

a) Die Rechtslage bei den Personengesellschaften, insbesondere bei der OHG

aa) gesetzliche Bestimmungen

Von den Vorschriften des bürgerlichen und Handelsrechts, nach denen die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft oder OHG aus wichtigem Grund die Gesellschaft vorzeitig kündigen oder die gerichtliche Entscheidung über ihre Auflösung beantragen können, war bereits im ersten Teil bei der Frage die Rede, ob aus ihnen das Recht eines GmbH-Gesellschafters, aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft auszutreten, im Wege der (Einzel-) Analogie hergeleitet werden kann. Den genannten Vorschriften, also den §§ 723 I 2 BGB, 133 I HGB, liegt der allgemeine Rechtsgrundsatz zugrunde, daß bei Dauerschuldverhältnissen, die in die Lebensbetätigung der Betroffenen eingreifen, eine Lösung der Bindung möglich sein muß, wenn deren Fortdauer einem Beteiligten nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann¹⁾.

Entscheidend ist, daß diese Bestimmungen zwingender Natur sind, durch Vereinbarungen der Gesellschafter also nicht ausgeschlossen werden dürfen.

bb) Wirtschaftlich unzumutbare Erschwerung der Kündigung

Nach herrschender Meinung²⁾ steht dem Ausschluß des Kündigungsrechts dessen wirtschaftlich unzumutbare Erschwerung gleich.

Dies folgt aus §§ 723 III BGB, 133 III HGB, wonach nicht nur der Ausschluß, sondern auch die Beschränkung des Kündigungsrechts (Rechts, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen) "diesen Vorschriften zuwider"³⁾ verboten ist.

1) S. oben S. 19.

2) HUECK, Recht der OHG, S. 261 ff, insbes. 264-266, 277; BAUMBACH-DUDEN, § 132 Anm. 3; SCHLEGELBERGER-GEßLER, § 132 Anm. 12 u. 16, § 133 Anm. 33; WEIPERT in RGR Komm. z. HGB, § 132 Anm. 15; STAUDINGER-KESSLER, § 723 Anm. 58; s.a. RGZ 75, 238 betr. Auferlegung einer Vertragsstrafe für die Kündigung.

3) Gemeint sind die Absätze 1 u. 2 der §§ 723 BGB und 133 HGB.

Als Beschränkungen im Sinne von §§ 723 III BGB, 133 III HGB sind nämlich insbesondere auch wirtschaftliche Nachteile anzusehen, die an die Ausübung des Kündigungsrechts geknüpft werden, so z.B. durch Vereinbarung von Vertragsstrafen, Austrittsgeldern oder einer ungleichwertigen Abfindung im Gesellschaftsvertrage¹⁾. Zwar berühren solche Abreden das Kündigungsrecht (Recht auf Auflösung) als solches nicht. Indem sie aber die Folgen seiner Ausübung in einer dem Betroffenen wirtschaftlich nachteiligen Weise regeln, wirken sie sich mittelbar beschränkend auf das Kündigungsrecht aus. Sie sind daher gleich den unmittelbaren Beschränkungen des Kündigungsrechts unzulässig und nichtig.

Darüber, wie hier die Grenzen zu ziehen sind, was also als eine wirtschaftlich nicht mehr zumutbare mittelbare Beschränkung des Kündigungsrechts anzusehen ist und damit wirksam nicht vereinbart werden kann, gehen indes die Meinungen auseinander.

Nach Ansicht des Reichsgerichts²⁾ darf die Abfindung des Ausscheidenden nicht so geregelt sein, "daß darin für ihn ein erheblicher Nachteil wirtschaftlicher Art liegt gegenüber dem, was ihm die Auflösung bringen würde"³⁾.

Dagegen halten GESSLER und WEIPERT⁴⁾ wirtschaftliche Beschränkungen des Kündigungsrechts nur dann für unzulässig, wenn sie durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile das Kündigungsrecht des einzelnen Gesellschafters derart erschweren, "daß es ihm praktisch unmöglich wird, zu kündigen"⁵⁾, die Vertragsbestimmung also "wirtschaftlich einer Ausschließung (des Kündigungs-

1) Zum letzteren s. RGZ 162, 388(393); s.a. STAUDINGER-KESSLER, § 723 Anm. 58 i.V.m. 42 b; SOERGEL-SIEBERT, § 723 Anm. 24; SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 133 Anm. 33.

2) RGZ 162, 388.

3) RGZ 162, 393; s.a. RG in Recht 1924 Nr. 661; WarnRspr. 1914 Nr. 248; JW 1938, 521; ebenso STAUDINGER-KESSLER, § 723 Anm. 42 b; RGRK § 723 Anm. 15; SOERGEL-SIEBERT, § 723 Anm. 24.

4) SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 132 Anm. 16 u. WEIPERT in RGR Komm. z. HGB, § 132 Anm. 15.

5) SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 132 Anm. 16.

rechts) gleichkommt"¹⁾. Danach sind z.B. Bestimmungen, wonach der ausscheidende Gesellschafter nur den Buchwert für die Aktiven erhält oder von der Beteiligung an den stillen Reserven ausgeschlossen werden soll, generell zulässig²⁾, obwohl sie im Einzelfalle einen erheblichen finanziellen Nachteil für den betroffenen Gesellschafter mit sich bringen.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt HUECK³⁾ ein. Nach seiner Meinung darf zwar das Verbot des § 723 III BGB (§ 133 III HGB) nicht zu weit ausgelegt werden. Da diese Vorschrift zu starke Beeinträchtigungen der persönlichen Bindung verhindern solle, könnten "die vermögensrechtlichen Folgen dieser Lösung an sich beliebig geregelt werden, sofern nicht die vorgesehene Regelung ein solches Opfer für den Kündigenden bedeutet, daß dadurch praktisch auch die Freiheit in der Lösung der persönlichen Bindung beeinträchtigt wird"⁴⁾. Auch nach dieser Formel sind grundsätzlich solche Bestimmungen zulässig, die die Abfindung mit dem Kapitalanteil festsetzen oder die Buchwerte ohne Berücksichtigung von Reserven zugrunde legen. Die Reserven dürfen aber - und darin liegt die Einschränkung - nicht eine derart ungewöhnliche Höhe erreichen, daß eine Nichtbeteiligung an ihnen "völlig unbillig" erscheint⁵⁾.

cc) Stellungnahme

Keine der genannten Abgrenzungsformeln ermöglicht eine genaue Bestimmung dessen, was eine verbotene Beschränkung des Kündigungsrechts im Sinne von § 723 III BGB, 133 III HGB bedeutet. Wann ein "erheblicher Nachteil wirtschaftlicher

1) WEIPERT in RGR Komm. z. HGB, § 132 Anm. 15; BAUMBACH-DUDEN, § 132 Anm. 3, sprechen von einer "dem Ausschluß nachkommenden Erschwerung".

2) SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 132 Anm. 15.

3) HUECK, Recht der OHG, S. 265 u. 276/277.

4) HUECK, a.a.O., S. 265.

5) HUECK, a.a.O., S. 266. - Diese Auffassung steht allerdings im Widerspruch zu der von HUECK für die Fälle des Austritts aus der GmbH vertretene Meinung, wonach gerade die Abfindung zum Nennwert für unzulässig gehalten und ein "angemessenes" Entgelt gefordert wird, s. HUECK: Betrieb 1957, 37(39) u. oben S. 44/45:

Art" vorliegt, wann eine Vertragsbestimmung die Kündigung derart erschwert, daß dies "wirtschaftlich einer Ausschließung gleichkommt", wann schließlich eine vorgesehene Regelung "ein solches Opfer für den Kündigenden bedeutet, daß dadurch praktisch auch die Freiheit in der Lösung der persönlichen Bindung beeinträchtigt wird", entzieht sich im Einzelfall weitgehend einer exakten Beurteilung.

Im Hinblick auf die in den §§ 723 III BGB, 133 III HGB angeordnete Rechtsfolge könnte es daher naheliegen, die Beschränkung des Kündigungsrechts durch Vereinbarung nicht vollwertiger Abfindungsentgelte für absolut unzulässig zu halten. Für eine solche Lösung ließe sich vor allem ein dogmatischer Gesichtspunkt anführen: Ob eine Abfindungsbestimmung sich als unzulässige Erschwerung des Kündigungsrechts darstellt und daher nichtig ist, muß, wie im Falle des Ausschlusses der Kündigung, von vornherein nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages feststehen und kann nicht von Umständen abhängen, die in der Zukunft liegen¹⁾. Der Begriff der Nichtigkeit, die immer Unwirksamkeit ex tunc bedeutet, würde andernfalls relativiert, indem ihr Eintritt von einem zukünftigen, noch ungewissen Ereignis abhängig wäre²⁾.

Die Entscheidung kann indes nicht unter dogmatischen Gesichtspunkten gefunden werden. Maßgeblich ist, daß ein gerechter Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen erreicht wird, dem Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an einer möglichst hohen Abfindung und dem Interesse der verbleibenden

1) So auch DÜRINGER-HACHENBURG-FLECHTHEIM, § 132 Anm. 7; § 138 Anm. 14 a; ANDÜRFER, Ausschluß und Beschränkung des Kündigungsrechts bei Personengesellschaften, S. 66.

2) Eine solche Gestaltung ist zwar dem Recht nicht fremd: auch ein anfechtbares Rechtsgeschäft, das zunächst wirksam ist, kann infolge eines noch ungewissen späteren Ereignisses, der Anfechtungserklärung, nachträglich nichtig werden. Das Geschäft ist nun "als von Anfang an nichtig anzusehen"; dies gilt aber nur, weil § 142 I BGB - und zwar ausschließlich für die Fälle der Anfechtung - zu dieser Fiktion greift. Der Grundsatz, daß Nichtigkeit Unwirksamkeit ex tunc bedeutet, also absolut und von vornherein feststeht, wird hierdurch nicht berührt.

Gesellschafter an der Erhaltung der Gesellschaft¹⁾. Dieses "Erhaltungsinteresse" der Gesellschaft darf nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil das Gesetz den finanziellen Bestandsschutz des Unternehmens nicht kennt²⁾.

Dementsprechend muß zwischen unzulässiger Erschwerung der Kündigung und zunehmender Minderung des Abfindungsanspruchs unterschieden werden³⁾. Nicht jede Beschneidung des gesetzlichen Abfindungsanspruchs ist daher nach §§ 723 III BGB, 133 III HGB unwirksam⁴⁾. Vielmehr trifft das nur für solche Abfindungsbeschränkungen zu, die das Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an einer gerechten Abfindung dem Erhaltungsinteresse der Gesellschaft schlechthin unterordnen.

Namentlich die von WEIPERT gebrauchte Formel⁵⁾ führt zu einer solchen absoluten Unterordnung. Sie befindet sich mit dem Gesetz nicht mehr in Einklang⁶⁾. Abzulehnen ist auch die von HUECK gewählte Abgrenzung⁷⁾; denn die Differenzierung zwischen vermögensrechtlichen und persönlichen Bindungen ist wegen der engen gegenseitigen Verknüpfung für die Personengesellschaft nicht praktikabel⁸⁾. Der ausscheidende Gesellschafter ist danach vor unbilligen Abfindungsbeschränkungen, die zugleich seine persönliche Freiheit unangemessen beeinträchtigen,

1) Hinzu kommt das Interesse an möglichst einfacher Abfindungsregelung, das gleichermaßen bei der Gesellschaft wie bei dem ausscheidenden Gesellschafter vorhanden ist, s.o. S. 36 ff.

2) Es muß eben eine Bewertung widerstreitender Interessen ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung stattfinden.

3) WESTERMANN in: WESTERMANN-SCHERPF-PAULICK-BULLA-HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften, I RdZ 450.

4) Den Standpunkt, jede Minderung sei unzulässig, nimmt allerdings WÜRDINGER: AcP 144, 129(146), ein.

5) S. o. S. 56/57.

6) So auch HUECK, Recht der OHG, S. 265 N. 18.

7) S. o. S. 57.

8) Ablehnend in diesem Sinne auch SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 132 Anm. 17. Zu den Unterschieden bei der Kapitalgesellschaft s. u. S. 77/78.

nicht geschützt¹⁾. Auf der anderen Seite ist aber auch die vom Reichsgericht gebotene Abgrenzungsformel²⁾ nicht befriedigend, weil sie das Erhaltungsinteresse der Gesellschaft unberücksichtigt läßt.

Eine zuverlässige Formel, die auf jeden Einzelfall anwendbar ist, wird sich nicht finden lassen. Man wird aber sagen müssen, daß die Beschränkung des Abfindungsanspruchs und damit mittelbar die der Freiheit der Kündigung nur gerechtfertigt ist, wenn und soweit das Interesse am Weiterbestand der Gesellschaft dies notwendig erfordert. Abfindungsbeschränkungen, die nicht in diesem strengen Sinne von dem Erhaltungsinteresse gedeckt sind, verstoßen gegen das Verbot der §§ 723 III BGB, 133 III HGB³⁾.

Aus diesem Grunde sind Vertragsbestimmungen, die eine Abfindung zum Nennwert oder Steuerwert ohne Berücksichtigung des Geschäftswertes und der Reserven vorsehen, unzulässig. Sie sind durch das Erhaltungsinteresse regelmäßig nicht gedeckt. Insbesondere ist der Gesellschaft eine gewisse Anspannung der Liquidität in jedem Falle zuzumuten. Auch das geringerwertige Vereinfachungsinteresse kann die schlichte Nennwertabfindung nicht rechtfertigen. Die Abfindung läßt sich außerdem auch dadurch einfach gestalten, daß unter Zugrundelegung des Nennwertes oder Steuerwertes angemessene Zuschläge gemacht werden.

Entscheidend ist, daß derartige Klauseln ihrer Natur nach notwendig darauf angelegt sind, das Kündigungsrecht durch Zufügung schwerer wirtschaftlicher Nachteile mittelbar zu beschränken, weil die Abfindung zum Nennwert oder Steuerwert als regelmäßig ungleichwertig mit sehr erheblichen Vermögensseinbußen verbunden ist⁴⁾. Einbußen dieses Ausmaßes

1) Dieser Schutz kann auch durch die geringe Einschränkung, daß bei ungewöhnlicher Höhe der Reserven der Ausscheidende an ihnen beteiligt werden müsse, nicht gewährleistet werden.

2) S. o. S. 56.

3) Ähnlich WESTERMANN, a.a.O.

4) Dazu s.o. S. 38. - Zu widersprechen ist daher ANDÖRFER, a.a.O., S. 68, der die Nennwertabfindung unter anderem damit rechtfertigen will, daß ein mit ihr verbundener

sind vermeidbar, ohne daß dadurch der Fortbestand der Gesellschaft gefährdet wird.

Dagegen kann es nicht darauf ankommen, ob solche Vereinbarungen auch mit der Absicht getroffen worden sind, die Abfindung zu beschränken und die Entschließungsfreiheit der Gesellschafter zu beeinflussen, oder nur, um der einfachen Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens zu dienen. Erheblich im Sinne von §§ 723 III BGB, 133 III HGB ist allein, daß objektiv eine Erschwerung des Kündigungsrechts vorliegt. Die subjektive Seite ist nach diesen Bestimmungen, ganz im Gegensatz etwa zu den Voraussetzungen der Nichtigkeit nach § 138 BGB, ohne Bedeutung¹⁾.

Nachteil nicht notwendig einzutreten brauche. In Depressionszeiten werde er in der Regel nicht vorhanden sein. - Diese Betrachtungsweise ist theoretischer Natur. Die typischen Gegebenheiten in der Rechtswirklichkeit läßt sie unbeachtet.

- 1) A.M. die wohl h.M., s. z.B. SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 138 Anm. 27 b. Nach deren Meinung sind Abreden über die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens wirksam, auch wenn sie den Abfindungsanspruch materiell noch so sehr beschränken. Unzulässig sollen nur solche Abreden sein, die getroffen sind in der Absicht, den Abfindungsanspruch in seinem Gehalt wesentlich zu beeinträchtigen und dadurch die Entschließungsfreiheit der Gesellschafter zu beeinflussen. Ähnlich für die GmbH SUDHOFF: Betrieb 1962, 595(596), der abfindungsbeschränkende Klauseln damit rechtfertigt, daß sie "oft nicht so sehr in der Absicht (erfolgen), den ausscheidenden Gesellschafter mit einem nicht vollwertigen Entgelt abzufinden". Meist solle einem komplizierten Wertermittlungsverfahren vorgebeugt werden. Abgesehen davon, daß die objektive Sachlage entscheidet, dürfte es im konkreten Falle stets schwierig sein, eine Abfindungsabrede auf die ihr zugrundeliegende Motivation zu untersuchen. Für die Gesellschafter wäre es im übrigen leicht, die tatsächlich vorhandene Absicht der Beschränkung des Kündigungsrechts durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile durch fingierte Berechnungsmodi zu tarnen. - Zu widersprechen ist namentlich der Ansicht von MERKEL: NJW 1961, 2004, der für die Zulässigkeit kündigungsbeschränkender Klauseln allein auf den Willen der Gesellschafter abstellt. Die Tendenz in der Literatur und Rechtsprechung gehe - so MERKEL - dahin, der Freizügigkeit der Gesellschafter einer OHG, der Maßgeblichkeit ihres Willens weitgehend Bedeutung beizumessen. Ein Beispiel hierfür sei das Urteil des BGH (BGHZ 31, 295), wonach eine Vertragsbestimmung zulässig sei, die anstelle der nach § 140 HGB vorgesehenen Klage auf Ausschließung die Ausschließung durch Gesellschafterbeschluß zulasse. "Wenn schon" dies zulässig sei, solle "konsequenterweise" auch bei der Entscheidung über die Zulässigkeit kün-

dd) Ergebnis

Danach ist im folgenden davon auszugehen, daß bei den Personengesellschaften, namentlich bei der OHG, die Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert des Kapitalanteils das Kündigungsrecht in unzulässiger Weise erschwert. Die damit in aller Regel notwendig verbundene erhebliche Minderung des gesetzlichen Abfindungsanspruchs braucht nicht hingenommen zu werden. Im Interesse der Erhaltung der Gesellschaft ist eine solche Abfindungsregelung nicht notwendig geboten. Das Interesse an einfacher Abfindung dagegen muß hinter dem Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an einer angemessenen Abfindung zurückstehen.

Abreden im Gesellschaftsvertrage, die gleichwohl die Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert des Kapitalanteils vorsehen, verstoßen gegen §§ 723 III BGB, 133 III HGB und sind unwirksam¹⁾.

b) Anwendbarkeit der für die Personengesellschaften geltenden Vorschriften im Recht der GmbH

Auf dieser Grundlage ist nunmehr zu untersuchen, ob die Bestimmungen über das Verbot einer Beschränkung des Kündigungsrechts bei den Personengesellschaften im Recht der GmbH entsprechend anzuwenden sind.

Trifft dies zu, so folgt daraus für den der Kündigung entsprechenden Fall des Austritts aus der GmbH, daß die Ver-

digungsbeschränkender Vereinbarungen dem Willen der Gesellschafter entsprechend Rechnung getragen werden (a.a.O., S. 2005). - Hierbei wird offenbar übersehen, daß § 140 HGB nachgiebiges Recht enthält (s. HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 81), § 723 III BGB (§ 133 III HGB) dagegen zwingender Natur ist, d.h. durch Vereinbarung der Gesellschafter nicht abbedungen werden kann. Sogar der Versuch, das Kündigungsrecht zu beschränken, unterfällt somit dem Verbot des § 723 III BGB, s. STAUDINGER-KESSLER, § 723 Anm. 42 d.

- 1) Ob etwas anderes gilt, wenn auch für den Fall der Liquidation der Gesellschaft oder anderer Ausscheidenstatbestände eine Auseinandersetzung vereinbart ist, welche die Gesellschafter mit dem Nennwert auf einen Teil des ihnen zustehenden Anteils am Liquidationserlös beschränkt, was nach § 145 HGB möglich ist, kann hier im einzelnen unerörtert bleiben. Zu dieser Frage, die auch für die GmbH bedeutsam ist, s. unten S. 66 ff.

tragsfreiheit bei der Vereinbarung von Abfindungsklauseln in der Satzung neben den allgemeinen Grenzen auf eine weitere, besondere Grenze stößt: Unzulässig und nichtig sind alle die Abreden, welche durch eine dem wirklichen Wert des Geschäftsanteils nicht entsprechende ungleichwertige Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert das Recht der Gesellschafter, aus der GmbH auszutreten, wirtschaftlich erschweren.

Bei der Frage nach einer entsprechenden Geltung der gesetzlichen Vorschriften über die Beschränkung des Kündigungsrechts kann indes nicht auf den Fall des Austritts aus der GmbH schlechthin abgestellt werden; denn Voraussetzung einer analogen Anwendung ist, daß die Tatbestände, für die das GmbH-Gesetz eine Regelung vermissen läßt, mit den im Gesetz für die Personengesellschaften geregelten Fällen in den für die rechtliche Wertung wesentlichen Merkmalen übereinstimmen¹⁾. Insoweit können sich jedoch Unterschiede ergeben, je nachdem, ob sich die Gesellschafter der GmbH auf andere Weise als durch Austritt von ihrer Mitgliedschaft lösen können. Ferner ist möglicherweise danach zu differenzieren, wieweit der Geltungsbereich abfindungsbeschränkender Klauseln in der Satzung gezogen ist. Von Bedeutung kann auch sein, welcher Art - entsprechend der Rechtsquelle - das durch die Abfindungsklausel betroffene Austrittsrecht ist. Schließlich kann danach zu unterscheiden sein, ob die GmbH - entsprechend ihrem gesetzlichen Normaltypus als Kapitalgesellschaft - rein kapitalistisch oder im wesentlichen personalistisch ausgestaltet ist. Dabei können auch die von einer GmbH verfolgten Zwecke von Bedeutung sein.

aa) Abgrenzung nach der Möglichkeit einer anderweiten Beendigung der Mitgliedschaft durch Veräußerung des Geschäftsanteils

Die freie Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile ist nach § 15 I GmbHG die gesetzliche Regel. Jeder Gesellschafter kann sich also, bei Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen, beliebig und ohne Mitwirkung der Gesellschaft oder Mit-

1) S. o. S. 18/19.

gesellschafter von seinem Geschäftsanteil durch Abtretung an einen Erwerber trennen und damit seine Mitgliedschaft in der GmbH beenden. Welches Entgelt er erhält, hängt von seiner freien, von Gesellschaft und Mitgesellschaftern unbeeinflussten Vereinbarung mit dem Erwerber ab¹⁾.

aaa) Keine Erschwerung des Austrittsrechts bei freier Abtretbarkeit (gesetzliche Regel)

Bestimmt die Satzung einer GmbH, daß ein aus ihr durch Austritt ausscheidender Gesellschafter mit einem ungleichwertigen Entgelt seines Geschäftsanteils abgefunden werden soll, so kann darin eine Erschwerung des Austrittsrechts nicht liegen, so lange das Recht der freien Abtretbarkeit gewahrt bleibt (so die gesetzliche Regel) und seine Ausübung tatsächlich möglich ist²⁾. Entscheidend ist, daß der Gesellschafter - auf welche Weise auch immer - das ausübbare Recht einer ungehinderten Beendigung seiner Mitgliedschaft behält. Kann er seinen Anteil beliebig abtreten und dafür als Entgelt den vollen Wert zu erzielen suchen, so belastet ihn die Möglichkeit einer unzureichenden Abfindung im Falle des Ausscheidens durch Austritt nicht: denn er ist nicht darauf angewiesen, gerade diesen - ihn beschränkenden - Weg einer Lösung seiner Mitgliedschaft zu gehen³⁾.

1) S. o. S. 6.

- 2) Findet ein Gesellschafter für seinen Anteil keinen Käufer, so ist die Abtretung zwar rechtlich, nicht aber tatsächlich möglich. Dieser Fall steht dem Falle eines Abtretungsverbots gleich (dazu nachfolgend). Es kommt maßgeblich darauf an, daß der Gesellschafter tatsächlich noch die Wahl hat, auf andere Weise als durch Erklärung seines Austritts aus der GmbH auszuschcheiden.
- 3) Ein solcher Fall, daß zwar die Abtretung frei möglich ist, der Austritt dagegen nicht, wird selten vorkommen. Immerhin ist zu denken an die Möglichkeit, daß ein Abtretungsverbot unwirksam vereinbart, der Gesellschaftsvertrag im übrigen aber gültig ist (§ 139 BGB). Auch kann der Gesellschaft der Wechsel der Gesellschafter gleichgültig sein, während ihr der durch einen Austritt (mit nachfolgender Einziehung des Geschäftsanteils) bedingte Kapitalentzug unerwünscht ist.

bbb) Wirkungen von Verbot und Erschwerung der Abtretung
(Regel in der Praxis)

Indes ist die gesetzliche Regel, wonach die Geschäftsanteile frei veräußerlich sind, in der Praxis zu einer Ausnahme geworden. In der Mehrzahl der Gesellschaftsverträge ist die Abtretung entweder überhaupt untersagt - was im Gesetz nicht vorgesehen, doch gleichwohl zulässig ist¹⁾ - oder gemäß § 15 V GmbHG an besondere Voraussetzungen, namentlich die Genehmigung der Gesellschaft geknüpft, auf deren Erteilung der Veräußerungswillige keinen Anspruch hat, da sie im Ermessen der für sie zuständigen Stelle steht²⁾.

Eine Erschwerung des Austrittsrechts durch eine in der Satzung vorgesehene ungleichwertige Abfindung kommt in Betracht, wenn die Abtretung ganz ausgeschlossen ist; denn hier hat der einzelne Gesellschafter von sich aus keine andere Möglichkeit einer Beendigung der Mitgliedschaft als den Austritt aus der Gesellschaft. Ferner ist eine Beschränkung möglich, wenn die zur Voraussetzung der Abtretung erhobene Genehmigung - wie regelmäßig - im Belieben der zuständigen Geschäftsorgane steht, weil hier der abtretungswillige Gesellschafter auf die nicht erzwingbare Mitwirkung der GmbH angewiesen ist. Schließlich besteht die Möglichkeit einer Erschwerung des Austritts-

-
- 1) S. o. S. 6/7 und die dortigen Zitate S. 7 N. 1. Einschränkung HACHENBURG-SCHILLING, § 15 Anm. 2, wonach das Verbot der Abtretung nur dann zulässig sein soll, wenn die Satzung die Möglichkeit des Austritts oder der Kündigung eröffnet. Der Gesellschafter könne keine unlösbare Bindung eingehen. - Übersehen wird hier, daß das Recht auf Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund besteht, auch ohne daß die Satzung es vorsieht.
- 2) S. o. S. 6 N. 4. LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, S. 70, teilt mit, daß bei $458 = 94,2\%$ von 486 untersuchten Berliner Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Übertragung der Geschäftsanteile von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht worden war. - Die Motive dafür, daß die Abtretung erschwert oder verboten wird, sind verschiedenartig. Zumeist - insbesondere bei den kleineren Gesellschaften (z.B. den sog. Familien-Gesellschaften) mit wenigen Mitgliedern, die häufig in der Gesellschaft mitarbeiten und auf deren Person es daher ankommt - soll der ursprüngliche Mitgliederbestand erhalten bleiben und das Zusammengehörigkeitsgefühl gestärkt werden, s.a. unten S. 83 und LIMBACH, a.a.O., S. 72.

rechts auch dann, wenn zwar die einzelnen Gesellschafter einen satzungsgemäßen Anspruch auf Genehmigung der Abtretung haben, diese aber an die Voraussetzung geknüpft ist, daß als Entgelt für den entsprechend der Satzung zumeist an die GmbH oder einen von ihr zu bestimmenden Dritten zu veräußernden Geschäftsanteil nicht mehr gezahlt werden darf als der für die Fälle des Austritts aus der GmbH festgelegte ungleichwertige Abfindungsbetrag; denn hier ist die Abtretung zwar möglich, aber nur unter den erschwerten, auch für die Fälle des Austritts geltenden Voraussetzungen. Die Möglichkeit einer ungehinderten Lösung der Mitgliedschaft auf anderem Wege besteht also nicht.

Diese Fälle besitzen eine auffallende Ähnlichkeit mit den für die Personengesellschaften gesetzlich geregelten Tatbeständen: das Gesetz kennt die Abtretung von Beteiligungen an Personengesellschaften nicht, wenn sie auch, aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelung, die in der Praxis selten vorkommt, möglich ist¹⁾. Der Gesellschafter einer OHG, der aus der Gesellschaft ausscheiden möchte, ist also auf die Kündigung oder Erhebung der Auflösungsklage ebenso wie der GmbH-Gesellschafter angewiesen, der mangels einer Abtretungsmöglichkeit seine Mitgliedschaft nur durch Austritt aus der GmbH beenden kann.

Mit der Feststellung dieser Ähnlichkeit ist jedoch erst ein Teilaspekt berührt.

bb) Abgrenzung nach dem Geltungsbereich abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen

Von Bedeutung für die Frage einer entsprechenden Anwendung der die Kündigungsbeschränkung verbietenden Vorschriften ist ferner der Geltungsbereich abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen. Insoweit sind verschiedene Möglichkeiten der Satzungsgestaltung zu unterscheiden.

Die Satzung kann einmal vorsehen, daß eine ungleichwertige Abfindung nur in bestimmten, tatbestandsmäßig genau umschriebenen Fällen des Ausscheidens eines GmbH-Gesellschafters zu

1) SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 105 Anm. 36.

zahlen ist, z.B. bei Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil durch Gesellschafter-Gläubiger, Konkurs eines Gesellschafters, bei Erbfall oder bei Ausschließung und Austritt aus der GmbH aus wichtigem oder sonstigem, in der Satzung festgelegtem Grund. Sie kann zum anderen aber auch bestimmen, daß eine ungleichwertige Abfindung in allen Fällen des Ausscheidens eines GmbH-Gesellschafters gewährt wird, wobei dann die einzelnen denkbaren Fälle des Ausscheidens vielleicht nicht einmal tatbestandlich umrissen sind.

aaa) Ungleichwertige Abfindung in allen Fällen des Ausscheidens aus der GmbH

Ist die ungleichwertige Abfindung unterschiedslos für alle Fälle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der GmbH vorgesehen, so ist zweifelhaft, ob darin - wie bei der wirtschaftlichen Erschwerung der Kündigung durch eine unzureichende Abfindung im Recht der OHG - eine Beschränkung des Rechts auf Austritt aus der GmbH liegen kann¹⁾.

Eine mittelbare Beschränkung des Austrittsrechts durch eine ungleichwertige Abfindung erscheint nur dann denkbar, wenn der austrittswillige Gesellschafter in anderen Fällen seines Ausscheidens aus der GmbH (von der Möglichkeit einer ungehinderten Abtretung des Geschäftsanteils, die schon ausgeklammert worden ist, abgesehen) eine höhere, insbesondere eine vollwertige Abfindung erhalten würde. Maßstab dafür, ob der zum Austritt berechtigte Gesellschafter durch die nicht vollwertige Abfindung wirtschaftlich benachteiligt, also in der Ausübung seines Rechts mittelbar beschränkt wird, muß nämlich der Vergleich mit der für die übrigen Fälle des Ausscheidens geltenden Abfindungsregelung sein. Ergibt dieser Vergleich, daß der Austrittsberechtigte nicht schlechter gestellt ist als ein Gesellschafter, der auf andere Weise aus der GmbH ausscheidet, so entfällt auch die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Beschränkung des Austrittsrechts. Eine solche Situation tritt allerdings tatsächlich nur dann ein, wenn

1) Fehlt es an diesem Merkmal der Beschränkung, so scheidet eine Analogie schon wegen fehlender Ähnlichkeit der zu bewertenden Tatbestände aus.

der Fall der Beendigung der Mitgliedschaft eines Gesellschafters infolge Auflösung der GmbH nach § 61 GmbHG mit einbezogen ist, die Gesellschafter also entgegen der dispositiven Regelung des § 72 GmbHG¹⁾ einen geringeren Anteil am Liquidationserlös als den ihrer Beteiligung entsprechenden erhalten sollen; denn andernfalls besteht - wenn auch nicht während der Existenz der GmbH, so doch im Zeitpunkt ihres Unterganges als juristischer Person - die Möglichkeit einer Abfindung²⁾ mit einem wirtschaftlich vollwertigen Entgelt.

Indes wird eine Satzungsgestaltung, die auch den Liquidationsanspruch beschränkt oder entzieht, nur selten vorkommen, weil hier ein Interesse an der Abfindungsbeschränkung, anders als in allen anderen Fällen des Ausscheidens von Gesellschaftern, im Normalfall nicht erkennbar ist.

Daß die Satzung etwa bestimmt, die Gesellschafter sollten auch bei Auflösung der GmbH nur den Nennwert ihrer Anteile erhalten, während der Überschuß aus dem Liquidationserlös gemeinnützigen Zwecken zuzuführen ist, ist eine Ausnahmeerscheinung. Sie ist nur in den Satzungen solcher Gesellschaften zu beobachten, die schon von ihrer vielleicht gemeinnützigen, soziale oder allgemeine wirtschaftliche Belange fördernden Zielsetzung her eine spezifische Prägung haben, jedoch in bezug auf die vorherrschende, primär auf Gewinn und wirtschaftliches Fortkommen ihrer Gesellschafter abgestellte Unternehmens-GmbH atypisch sind³⁾.

Sofern derartige Satzungsgestaltungen in einzelnen Fällen vorkommen, stehen ihnen besondere, an das Austrittsrecht anknüpfende Gründe nicht entgegen, weil sie dieses Recht nicht wirt-

1) S. RGZ 169, 65(82); BGHZ 14, 264(272).

2) Strenggenommen handelt es sich im Liquidationsfall nicht um eine "Abfindung" im eigentlichen Sinne. Das ändert jedoch an dem Sachverhalt nichts.

3) Atypisch sind diese Gesellschaften also, was die praktisch üblichen Zwecke angeht, nicht aber nach dem Gesetz, weil es einen atypischen Zweck der GmbH nach dem Gesetz nicht gibt, s. § 1 GmbHG.

schaftlich erschweren¹⁾. Eine analoge Anwendung der die Beschränkung des Kündigungsrechts ausschließenden Vorschriften scheidet also aus. Im übrigen aber gilt der Grundsatz der Satzungsautonomie mit seinen allgemeinen Grenzen²⁾. Abfindungsbeschränkende Bestimmung in der Satzung der GmbH, die ausnahmslos für alle Fälle des Ausscheidens von Gesellschaftern (einschließlich der Liquidation) gelten, sind also zulässig, soweit sie weder gegen das Gesetz und die guten Sitten noch gegen das Wesen der GmbH verstoßen³⁾.

bbb) Ungleichwertige Abfindung in einzelnen Fällen, namentlich bei Austritt, Ausschließung und Pfändung

Etwas anderes gilt, wenn in der Satzung die ungleichwertige Abfindung nur für bestimmte einzelne Fälle des Ausscheidens eines Gesellschafters vorgesehen ist. Am häufigsten kommt es vor, daß die Abfindung zu einem ungleichwertigen Entgelt des Geschäftsanteils ausschließlich für die Fälle der Pfändung des Anteils oder des Konkurses des Gesellschafters (hier wird oft sogar die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils in der Satzung verabredet), für den Erbfall oder für die Fälle der Ausschließung oder des Austritts des Gesellschafters

1) Diesen Gesichtspunkt der mangelnden Erschwerung verkennen z.B. SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 138 Anm. 27 a/27 b, wenn sie für die OHG ausführen, der Makel der unzulässigen Kündigungserschwerung durch Ausschluß (oder Beschränkung) der Abfindung werde nicht dadurch ausgeräumt, daß die die Abfindung beschränkende oder sie ausschließende Bestimmung allgemein für jeden Fall des Ausscheidens gelte (zu Unrecht unter Berufung auf FISCHER: LM Nr. 3 zu § 34 GmbHG). - Eben dadurch, daß die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages für alle Fälle des Ausscheidens gilt, entfällt schon der Tatbestand einer Erschwerung des Kündigungsrechts!

2) S. dazu oben S. 52 ff.

3) Gegen das Wesen der GmbH verstößt ein völliger Ausschluß der Beteiligung am Liquidationserlös, wenn außerdem Gewinn- und Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters ausgeschlossen sind (BGHZ 14, 264(273) u.u.S. 115). - Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt namentlich nicht darin, daß die unzureichende Abfindung auch für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses vorgesehen ist, weil die Wertminderung des Geschäftsanteils von vornherein auch den Schuldner trifft, der Gläubiger aber nicht mehr Rechte haben kann als dieser, s.a. FISCHER: GmbH-Rdsch. 1961, 21(26); ders.: LM Nr. 3 zu § 34 GmbHG; SUDHOFF, GmbH-Vertrag, S. 332. - Zu der entsprechenden Rechtslage bei der OHG s. HUECK, Recht der OHG, S. 269.

in der Satzung vereinbart wird¹⁾.

Auf die Bedeutung einer unzureichenden Abfindung oder des Ausschlusses der Abfindung in den Fällen der Zwangsvollstreckung oder bei Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod ist hier im einzelnen nicht näher einzugehen²⁾. Ist in der Satzung

1) In solchen, für einzelne Fälle des Ausscheidens vorgesehenen Bestimmungen liegt kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil sie alle Gesellschafter gleichmäßig treffen; zum Gleichbehandlungsgrundsatz und den Folgen seiner Verletzung s. BAUMBACH-HUECK, Übersicht vor § 13 Anm. 2 C, § 45 Anm. 2 D; HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 23; SCHOLZ, § 14 Anm. 12 sowie Götz HUECK, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958.

2) Nach herrschender Meinung - s. o. S. 41 ff - ist eine Bestimmung, die nur bei Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil (oder Konkurs des Gesellschafters) die Einziehung zu einem ungleichwertigen Entgelt, z.B. zum Nenn- oder Steuerwert, vorsieht, nichtig. Die hierfür vom BGH gegebene Begründung, die darauf abstellt, daß § 15 V GmbHG nur auf die freiwillige Veräußerung eines Geschäftsanteils durch Rechtsgeschäft unter Lebenden anwendbar sei, die Erschwerung bei unfreiwilliger Veräußerung durch Pfändung oder Konkurs jedoch nicht deke, sowie die vom Gericht vorgenommene Auslegung der §§ 137 BGB, 851, 857 ZPO können indes nicht überzeugen. Das Urteil, das nach seinem Wortlaut (s. dazu oben S. 41 ff) auch solche abfindungsbeschränkenden Satzungsbestimmungen für unzulässig erklärt, die nicht lediglich für die Fälle der Zwangsvollstreckung, sondern auch für andere Ausscheidungsstatbestände gelten sollen (anders insoweit jedoch die engere Auslegung des Spruchs durch den Bundesrichter FISCHER in GmbH-Rdsch. 1961, 21 ff), läßt außer acht, daß andererseits sogar vertragliche Bestimmungen, welche das Erlöschen einer Forderung für den Fall ihrer Pfändung vorsehen, nicht schlechthin unzulässig sind (BAUMBACH-LAUTERBACH, § 851 Anm. 3; RG JW 1932, 344). Außerdem ist übersehen, daß auch im Recht der OHG allgemein vertragliche Abreden für erlaubt angesehen werden, die den Abfindungsanspruch für die Fälle der Zwangsvollstreckung beschränken, sofern nur diese Abreden nicht lediglich auf diese Fälle beschränkt sind (HUECK, Recht der OHG, S. 299; SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 135 Anm. 14). - Die Nichtigkeit abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen, die eigens und ausschließlich für die Fälle der Pfändung des Geschäftsanteils oder des Konkurses eines Gesellschafters gelten, kann nicht - wie vom BGH - rein formal begründet werden. Ihr wahrer Grund liegt darin, daß solche Abreden die außenstehenden, am Gesellschaftsvertrage nicht beteiligten Gläubiger sittenwidrig schädigen und ihnen auf diese Weise den Zugriff auf den Geschäftsanteil ganz oder teilweise verwehren. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ergibt sich danach aus § 138 BGB (s.a. oben S. 53). -

Zu der insoweit übereinstimmenden Rechtslage bei der OHG s. SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 135 Anm. 14, § 138 Anm. 27;

der GmbH die ungleichwertige Abfindung lediglich für den Fall des Austritts (den Fall der Ausschließung und des Austritts) eines Gesellschafters vereinbart worden, so liegt darin - wie entsprechend bei der verminderten Abfindung für einen kündigenden OHG-Gesellschafter - eine wirtschaftliche Erschwerung des Austrittsrechts¹⁾; denn hier steht einem austrittswilligen Gesellschafter aufgrund der Satzung - von der Ausschließung zumeist abgesehen - in allen anderen Fällen seines Ausscheidens aus der GmbH ein Entgelt zu, das dem vollen Wert seines Geschäftsanteils entspricht. Nur eben dann, wenn er von seinem Austrittsrecht Gebrauch macht, muß er sich mit dem geringeren Abfindungsbetrag begnügen.

Kennzeichnend für eine derartige Satzungsgestaltung ist also die diskriminierende - durch möglicherweise verschiedene Gesichtspunkte motivierte - Behandlung des Austrittsstatbestandes. Ob diese Diskriminierung in bezug auf das Austrittsrecht rechtlich zulässig ist, hängt davon ab, ob es noch weitere Gesichtspunkte gibt, die insoweit eine unterschiedliche Behandlung einerseits der Kündigungstatbestände bei der OHG und andererseits der Austrittsfälle bei der GmbH rechtfertigen²⁾.

cc) Abgrenzung nach der Art des durch die Abfindungsklausel betroffenen Austrittsrechts

Bisher war nur vom Austritt aus der GmbH die Rede, ohne daß nach der Art des Austrittsrechts differenziert worden ist.

WEIPERT in RGR Komm. z. HGB § 135 Anm. 24. -

Auf die unerfreulichen Konsequenzen der BGH-Entscheidung wurde bereits hingewiesen, s.o. S. 43 N. 1. Ihnen ist im Hinblick auf einen gerechten Ausgleich der Gesellschafter- und Gläubigerinteressen die Forderung entgegenzustellen, daß der einzelne Gesellschafter durch die auf die Pfändung folgende Einziehung des Geschäftsanteils nicht besser gestellt werden darf, als wenn er auf andere Weise aus der GmbH ausscheidet, s.a. KNUR: DNotZ 1961, 299(309). Kritisch ferner u.a. SCHILLING: JZ 1960, 745(746); SIMON: GmbH-Rdsch. 1961, 137(138 ff); WOLANY, S. 132 ff. - Zur Beschränkung der Abfindung für den Erbfall s. z.B. SIEBERT: NJW 1960, 1033.

- 1) Zu der Unterscheidung danach, um welche Art von Austrittsrecht es sich dabei handelt, s. nachfolgend.
- 2) S. nachfolgend sowie S. 75 ff.

Insoweit sind jedoch - entsprechend der Rechtsquelle - verschiedene Arten von Austrittsrechten zu unterscheiden, für welche die Frage der Analogie möglicherweise nicht einheitlich beantwortet werden kann.

aaa) Recht zum Austritt aus wichtigem Grund

Die Gesellschafter der GmbH haben zunächst ein Recht auf Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund, auch ohne daß dies in der Satzung ausdrücklich vorgesehen ist. Dieses im GmbH-Gesetz nicht vorgesehene Recht ist im Wege der Gesamtanalogie aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz abgeleitet worden, daß ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingreifendes, auf Dauer eingegangenes Rechtsverhältnis vorzeitig gelöst werden kann, wenn ein wichtiger Grund dies erfordert. Hiervon handelt der erste Teil, auf den hier verwiesen werden kann¹⁾.

Wird in der Satzung vereinbart, daß an dieses Austrittsrecht im Falle seiner Ausübung eine Abfindung des austretenden Gesellschafters zu einem ungleichwertigen Entgelt des Geschäftsanteils anknüpfen soll²⁾, so ist damit seine Beschränkung begriffsnotwendig verbunden, sofern die unzureichende Abfindung nicht gleichzeitig auch in allen anderen Fällen des Ausscheidens von GmbH-Gesellschaftern vorgesehen ist³⁾.

Insoweit also sind die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung der die Kündigungsbeschränkung ausschließenden Vorschriften gegeben.

bbb) Satzungsmaßiges Austrittsrecht

Das Recht, aus der GmbH auszutreten, kann jedoch auch als satzungsmaßiges Recht von den Gesellschaftern vereinbart sein⁴⁾.

- 1) S. oben, besonders S. 18 ff und 22 ff und die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung.
- 2) Das ist der Fall, wenn die Satzung zwar das Recht auf Austritt erwähnt, die Voraussetzungen seine Ausübung indes nicht regelt, s. das Beispiel oben S. 10 N. 2.
- 3) S. oben S. 69 ff(71).
- 4) Differenzierend insoweit z.B. auch SCHÜLER: NJW 1960, 1423 (1426), der das Austrittsrecht aus wichtigem Grund dem auf einer Satzungsbestimmung beruhenden gegenüberstellt.

Hier ist wiederum zwischen verschiedenen Möglichkeiten der Satzungsgestaltung zu unterscheiden.

(1) Zunächst kann die Satzung den Gesellschaftern ein Austrittsrecht "aus wichtigem Grund" einräumen, wobei auch im einzelnen umschrieben sein mag, was als wichtiger Grund im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist (Krankheit, Vermögensverfall o.ä.).

Solche Satzungsbestimmungen sind dann insofern deklaratorischer Natur, als sie das Recht auf Austritt eines Gesellschafters aus wichtigem Grund nicht schaffen, sondern bestätigen. Sie räumen den Gesellschaftern nicht mehr an Rechten ein, als ihnen ohnehin zusteht.

Hieraus folgt, daß hinsichtlich der Vereinbarung abfindungsbeschränkender Klauseln in der Satzung für diese Fälle des Austritts nichts anderes gelten kann, als was für die Fälle des Austritts aus wichtigem Grund ohne Satzungsbestimmung noch festzustellen ist: Sollten derartige Vereinbarungen dort unzulässig sein, so sind sie es auch hinsichtlich des satzungsmäßigen Austrittsrechts aus wichtigem Grund. Denn andernfalls würde den Gesellschaftern kraft Vereinbarung weniger zustehen als ihnen nach zwingendem Recht zustehen muß.

(2) Die Satzung kann dem Gesellschafter aber auch - entsprechend dem Grundsatz der Vertragsautonomie - ein Recht auf Austritt aus der GmbH einräumen, ohne daß ein wichtiger Grund vorliegen muß.

Dies kann einmal in der Weise geschehen, daß das Recht auf Austritt an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft wird, die Gesellschafter also jederzeit ohne Angabe von Gründen aus der GmbH ausscheiden können¹⁾.

1) Eine solche Satzungsbestimmung wird selten sein, wenn andererseits - und davon wird hier stets ausgegangen, s. oben S. 63 ff - die Abtretung des Geschäftsanteils erschwert oder verboten ist. Sinnvoll könnte sie immerhin dann sein, wenn es den Gesellschaftern bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages allein darauf ankam, das Eindringen Dritter zu verhindern, ein Interesse an der fortdauernden Mitgliedschaft einzelner Gesellschafter jedoch nicht bestand oder hinter das Interesse an der jederzeitigen Lösungsmöglichkeit zurücktrat. Dieses Ziel läßt sich erreichen, indem der Geschäftsanteil des Austretenden eingezogen und damit vernichtet wird.

Es kann zum anderen ein satzungsmäßiges Recht auf Austritt aus der GmbH auch von anderen, tatbestandsmäßig umrissenen Voraussetzungen abhängig sein, die nicht allgemein als wichtige Gründe anzusehen sind. So kann z.B. die Satzung vorsehen, daß ein Gesellschafter "nach Vollendung seines 65. Lebensjahres" oder "wenn er keine direkten Abkömmlinge als Erben hat" oder "wenn eine nachhaltige Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse eintritt" aus der GmbH austreten kann.

In beiden Fällen handelt es sich um Austrittsrechte, die unter den Gesellschaftern konstitutiv frei vereinbart sind und nicht schon kraft des allgemeinen Rechtsgrundsatzes bestehen, wonach eine Lösung der Mitgliedschaft aus wichtigem Grund möglich sein muß. Wird ausschließlich hier eine Abfindung zum ungleichwertigen Entgelt des Geschäftsanteils vereinbart, so liegt darin zwar - wie im Falle der unzureichenden Abfindung für den Kündigenden OHG-Gesellschafter - eine wirtschaftliche Beschränkung dieses Rechts. Der wesentliche Unterschied ist aber, daß sich die Beschränkung auf satzungsmäßige, nicht zwingende Rechte bezieht. Für eine Analogie ist daher insoweit kein Raum. Den Gesellschaftern einer GmbH, die in der Satzung freie, nicht zwingende Austrittsrechte vereinbaren, bleibt es - nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der hier keine Einschränkung erfährt - unbenommen, diese Rechte durch Festsetzung wirtschaftlich ungleichwertiger Abfindungsentgelte wieder mittelbar zu erschweren oder zu entwerten¹⁾.

dd) Kurze Zusammenfassung

Bisher ist danach differenziert worden, ob sich die GmbH-Gesellschafter auf andere Weise als durch Austritt von ihrer Mitgliedschaft lösen können²⁾, danach, wieweit der Geltungsbereich abfindungsbeschränkender Satzungsbestimmungen gezogen ist³⁾ und danach, welcher Art das durch die Abfindungs-

1) A.M. anscheinend SUDHOFF, GmbH-Vertrag, S. 351, der bezüglich der Erschwerung des Austrittsrechts nicht nach der Art dieses Rechts differenziert.

2) S. oben S. 63 ff.

3) S. oben S. 66 ff.

regelung betroffene Austrittsrecht selbst ist¹⁾.

Die Untersuchung zeigt, daß die Sachverhalte im GmbH-Recht den gesetzlich geregelten Tatbeständen im Recht der Personengesellschaften insoweit im wesentlichen ähnlich sind, wenn

- a) die Abtretung der Geschäftsanteile erschwert oder verboten,
- b) die ungleichwertige Abfindung in der Satzung lediglich für die Fälle des Austritts und der Ausschließung vorgesehen und
- c) das zwingende, auf einem allgemeinen Rechtsgrundsatz beruhende oder in der Satzung deklaratorisch festgelegte Recht des Austritts aus der GmbH aus wichtigem Grund betroffen ist.

Mit der Feststellung dieser Ähnlichkeiten von Tatbestandsmerkmalen, die für die rechtliche Regelung im Recht der Personengesellschaften wesentlich sind, kann indes die Schlußfolgerung, daß eine analoge Anwendung der die Beschränkung des Kündigungsrechts bei den Personengesellschaften ausschließenden Vorschriften geboten ist, noch nicht gezogen werden.

Eine differenzierende Behandlung der gesetzlich geregelten Tatbestände bei den Personengesellschaften und der nicht geregelten Austrittstatbestände bei der GmbH könnte nämlich gleichwohl nach dem unterschiedlichen gesetzlichen Typus einerseits der OHG oder BGB-Gesellschaft als Personengesellschaft, andererseits der GmbH als Kapitalgesellschaft gerechtfertigt sein. Dieser entscheidenden Frage ist im folgenden nachzugehen.

- ee) Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung der Kündigungs- und Austrittstatbestände aufgrund des gesetzlichen Typus der GmbH als Kapitalgesellschaft

In der Rechtslehre wird zwischen den Personengesellschaften und den Kapitalgesellschaften unterschieden.

Während die Mitgliedschaft in den Personengesellschaften auf die Person zugeschnitten ist, d.h. persönliche Mitarbeit und

1) S. oben S. 71 ff.

Haftung der Gesellschafter, die auch die Geschäfte in der Regel selbst führen (sog. Selbstorganschaft, s. z.B. § 114 HGB), im Vordergrund stehen¹⁾, ist bei den Kapitalgesellschaften die Kapitalbeteiligung der Gesellschafter ausschlaggebend. Auf deren Persönlichkeit und Mitarbeit in der Gesellschaft kommt es nicht an. Sie haften weder persönlich, noch führen sie die Geschäfte selbst. Zuständig für Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft sind besonders bestellte Organe, z.B. der Vorstand der Aktiengesellschaft, Geschäftsführer der GmbH (sog. Drittorghschaft, s. z.B. §§ 35 ff GmbHG)²⁾.

Die Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften darf jedoch nicht im Sinne einer klassifikatorischen Begriffseinteilung verstanden werden. Es handelt sich hier in Wahrheit um gesellschaftsrechtliche Grundtypen, deren bestimmende Einzelmerkmale zum Teil fließend sind und ineinander übergehen können. So gibt es Personengesellschaften mit kapitalistischem Einschlag (z.B. die KG, bei welcher die Kommanditisten im wesentlichen nur mit ihrer Kapitaleinlage beteiligt sind, aber an der Geschäftsführung nicht mitwirken) wie auch Kapitalgesellschaften mit personalistischen Elementen (z.B. besonders die Nebenleistungs-GmbH, wenn sich die Nebenverpflichtungen auf die Person des GmbH-Gesellschafters beziehen).

Dementsprechend läßt sich - stellt man auf die verschieden starke Ausprägung personenrechtlicher oder kapitalrechtlicher Elemente ab - eine Typenreihe bilden, an deren einem Ende die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als reine Personengesellschaft steht, am anderen die AG als reine Kapitalgesellschaft. Die OHG ist hier nahe der Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzuordnen, die GmbH nahe der AG, während die KG als Übergangstypus von der Personen- zur Kapitalgesellschaft erscheint³⁾.

1) Die Personengesellschaft ist also eine Tätigkeitsgemeinschaft.

2) S. HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 8.

3) S. LARENZ, Methodenlehre, S. 350.

aaa) Unterschiedliche rechtliche Behandlung personenrechtlicher und vermögensrechtlicher Bindungen

An die typenprägenden personenrechtlichen oder kapitalrechtlichen Bindungen eines Gesellschafters in der Gesellschaft knüpfen nun, besonders was ihre zeitliche Dauer betrifft, unterschiedliche Rechtsfolgen an.

Einerseits widerspricht die dauernde persönliche Bindung eines Gesellschafters ohne Lösungsmöglichkeit (durch Kündigung, Austritt usw.) dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß eine in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifende Bindung bei Vorliegen besonderer Umstände (aus wichtigen Gründen), insbesondere, wenn die fortdauernde Mitgliedschaft nicht mehr zumutbar ist, vorzeitig muß beendet werden können¹⁾.

Hingegen verstößt andererseits eine dauernde vermögens-(kapital-)rechtliche Bindung ohne Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung, auch über den Tod hinaus zu Lasten der Erben, nicht Grundsätzen des geltenden Rechts. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß eine vermögensrechtliche Bindung nicht auf Dauer ohne vorzeitige Lösungsmöglichkeit eingegangen werden kann, existiert nicht²⁾.

Eine dauernde kapitalrechtliche Bindung ist daher möglich, sofern dadurch die persönliche Freiheit des Kapitalgebers - wie grundsätzlich - nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Dementsprechend ist z.B. für die OHG als Personengesellschaft nach § 138 HGB eine Vereinbarung erlaubt, wonach im Falle der Kündigung die Gesellschaft in eine GmbH oder AG überführt werden soll. Mit der Beendigung der Personengesellschaft endet hier die persönliche Bindung der Gesellschafter; neu entsteht lediglich eine rein vermögensrechtliche Bindung

1) H.M., s. dazu besonders oben S. 12 u. 16 ff.

2) Im Einzelfall mag jedoch aufgrund besonderer Umstände auch einmal ein wichtiger Grund zur Lösung einer kapitalrechtlichen Bindung gegeben sein, s. oben S. 20 u. das dort, N. 3, zit. Beispiel von SCHOLZ, Ausschließung und Austritt, S. 47. Das ist indes nicht die Regel, sondern Ausnahme, s. auch BAUMBACH-HUECK, § 34 Anm. 3.

in der Kapitalgesellschaft¹⁾.

Für die Frage der entsprechenden Anwendung der die Beschränkung des Kündigungsrechts verbietenden Vorschriften ist diese unterschiedliche rechtliche Behandlung personenrechtlicher und vermögensrechtlicher Bindungen von entscheidender Bedeutung. Stellt man auf den gesetzlichen Typus der GmbH als Kapitalgesellschaft ab, so ist - ungeachtet der bisher festgestellten Ähnlichkeiten - die Analogie zu verneinen; denn eine dauernde vermögensrechtliche Bindung ist erlaubt, so daß die wirtschaftliche Erschwerung ihrer Lösung nicht unzulässig sein kann.

Ein anderes Ergebnis wäre jedoch dann möglich, wenn es in der Rechtswirklichkeit einen vom gesetzlichen Typus der GmbH wesentlich abweichenden, zur Personengesellschaft tendierenden Typus der GmbH gibt, anhand dessen die Frage der Analogie beantwortet werden muß.

bbb) Der gesetzliche Normaltypus der GmbH

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die GmbH rechtlich "eine Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als äußerste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktiengesellschaft" einnehmen²⁾. Das kommt indes in der gesetzlichen Regelung des GmbH-Gesetzes nicht unmittelbar zum Ausdruck. Nach dieser Regelung ist der gesetzliche Typus der GmbH vielmehr von der kapitalistischen Aktiengesellschaft abgeleitet und deren gesetzlichem Typus in der rechtlichen Grundstruktur nachgebildet. Die GmbH ist eine

1) RGZ 156, 129(136/137); HUECK, Recht der OHG, S. 266; WEIPERT in RGR Komm. z. HGB, § 135 Anm. 15. - A.M. SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 132 Anm. 17, die die Unterscheidung zwischen personenrechtlicher und vermögensrechtlicher Bindung für die OHG ablehnen, weil Zweck der Kündigung auch die Wiederherstellung der freien vermögensrechtlichen Verfügung des Gesellschafters sei. Für die Kapitalgesellschaften wird indes auch von ihnen die Möglichkeit einer dauernden vermögensrechtlichen Bindung ausdrücklich anerkannt (a.a.O.).

2) Entwurf I, S. 35; s.a. RGZ 80, 387 und RÖMER, Die Gestaltung der GmbH: DNotZ 1961, Sonderheft, S. 49 ff(51).

"Abart" der Aktiengesellschaft¹⁾. Wie diese ist sie juristische Person (Körperschaft); ihre Mitglieder haften für die Schulden nicht persönlich (beschränkte Haftung). Die Leitung der Geschäfte liegt in der Hand besonderer Organe (Drittorganschaft). Die Mitgliedschaft, gegründet auf die Stammeinlage, ist veräußerlich und vererblich.

Diese Merkmale bestimmen den rechtlichen Strukturtypus der GmbH als Kapitalgesellschaft²⁾. Ihrer Aufgabe, eine Mittelstellung zwischen der reinen Kapitalgesellschaft und der reinen Personengesellschaft einzunehmen, konnte die vom Gesetz her kapitalistisch strukturierte GmbH nur dadurch gerecht werden, daß der Gesetzgeber - insoweit in Abweichung vom zwingenden Aktienrecht - ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit zugelassen und die Möglichkeit geschaffen hat, im konkreten Falle den Gesellschaftsvertrag den Verhältnissen

-
- 1) BAUMBACH-HUECK, Einleitung, Anm. 3; HACHENBURG-SCHILLING, Allgemeine Einleitung, Anm. 1: "Die deutsche GmbH ist als Aktiengesellschaft gedacht, die auf die Aktie verzichtet"; SCHOLZ, Einleitung II, S. 24: "Die GmbH ist eine aus dem Aktienrecht abgespaltene besondere Gesellschaftsform, die in den Grundzügen der AG gleicht." - Von der AG unterscheidet sich die GmbH unter anderem durch die vereinfachte Gründung, den nicht obligatorischen Aufsichtsrat, leichtere Beschlußfassung, die Möglichkeit der Vereinbarung von Nachschuß- und Nebenleistungspflichten.
- 2) Diese Auffassung von einer kapitalistischen Struktur der GmbH lag auch dem Entwurf des Reichsjustizamtes (s. Amtliche Ausgabe des Entwurfes eines Gesetzes für die GmbH nebst Begründung und Anlagen, 1891) zugrunde, der davon ausging, daß ein auf die Beteiligung weniger, an der Leitung der Geschäfte selbst aktiv beteiligter Gesellschafter ausgerichteter Gesellschaftstyp mit beschränkter Haftung den praktischen Bedürfnissen nicht entspreche (a.a.O., S. 31 ff). Diese Annahme beruht - worauf LIMBACH: GmbH-Rdsch. 1967, 71(72) hinweist - auf der irrigen Prämisse, daß das Prinzip der beschränkten Haftung mit dem personenbezogenen Charakter einer Gesellschaft im Grunde nicht vereinbar sei. Kleiner, geschlossener Mitgliederkreis und persönlicher Einsatz der Gesellschafter - wie bei der OHG - seien in Wahrheit nur die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen des zugrundeliegenden Haftungsprinzips und verlören ihre Berechtigung, wenn man die persönliche Haftung beseitige (Entwurf, a.a.O., S. 33 ff). Entgegen HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 18, ist es daher nicht richtig, daß die sog. Zweitypenlehre (kapitalistischer und personalistischer Typ der GmbH) Ausgangspunkt des Gesetzgebers gewesen sei. S. a. GESSLER: GmbH-Rdsch. 1966, 102(103).

einer Personengesellschaft stark anzupassen¹⁾. Von hervorragender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang § 3 II GmbHG, der es gestattet, über die obligatorische Verpflichtung zur Leistung der Stammeinlage hinaus beliebige andere Verpflichtungen der Gesellschafter, z.B. zur Geschäftsführung oder zu sonstigen personenbezogenen Verrichtungen, im Gesellschaftsvertrage zu vereinbaren.

Während also die GmbH ihrem gesetzlichen Normalstatut nach kapitalistisch strukturiert ist, hängt ihre personenbezogene Ausgestaltung im Einzelfall von der in weitem Rahmen zulässigen autonomen Vereinbarung der Gesellschafter ab²⁾.

ccc) Der Normaltypus der GmbH in der Rechtswirklichkeit

Die Möglichkeit weitgehend autonomer Satzungsgestaltung sowie die Besonderheiten der Entstehung des GmbH-Gesetzes³⁾ legen es nahe, zu fragen, wie sich der rechtliche Strukturtypus der GmbH und der Typus der GmbH in der Realität zueinander verhalten.

In aller Regel sind die vom Gesetzgeber geregelten Vertragstypen nicht "erfunden", sondern "gefunden", d.h. an Verträgen orientiert, die tatsächlich in ähnlicher und im wesentlichen übereinstimmender Weise abgeschlossen werden⁴⁾. Hier ist, sofern der Gesetzgeber die Realität nicht verkennt oder sie durch seine rechtliche Regelung verändert, der rechtliche Strukturtypus des Gesetzes ein Abbild des realen Typus⁵⁾.

1) BAUMBACH-HUECK, Einleitung Anm. 3; FISCHER, Festschrift für W. Schmidt, S. 117; ders.: GmbH-Rdsch. 1953, 131; FEINE, S. 45; RÖMER, a.a.O., S. 51: "Was die GmbH ist, läßt sich daher nicht an ihrem gesetzlichen Normalstatut ablesen; ihr eigentliches Wesen offenbart sich erst in der Fülle der Möglichkeiten, sie in Freiheit zu gestalten." S.a. oben S. 25 ff(26, 27).

2) Auch bei personenbezogener Ausgestaltung bleiben allerdings die Strukturelemente der Kapitalgesellschaft erhalten. Es kommt ihnen jedoch mehr formale Bedeutung zu.

3) Dazu nachfolgend.

4) LARENZ, Methodenlehre, S. 341. - So ist z.B. die gesetzliche Regelung des Kaufvertragsrechts ein Niederschlag einer schon vorher praktisch geübten Art des Austausches von Gütern gegen Geld.

5) LARENZ, a.a.O., S. 341.

Die Entstehung des GmbH-Gesetzes mit seiner Ausprägung des kapitalistischen Typus der GmbH kann nicht auf diese Weise verstanden werden. Zwar hatte der Gesetzgeber ein Bedürfnis nach einer neuen Rechtsform erkannt, die zwischen den Extremen Aktiengesellschaft und OHG stehen und deren jeweilige Vorteile miteinander verbinden, die Nachteile jedoch vermeiden sollte; es gab aber kein tatsächliches Vorbild in der Rechtswirklichkeit, an dem sich die angestrebte gesetzliche Regelung hätte orientieren können. Sie ist, als gedankliches Gebilde, "fix und fertig dem Kopf des Gesetzgebers entsprungen"¹⁾, nicht organisch gewachsen, sondern ein gesetzgeberischer "homunculus"²⁾.

Die Entwicklung seit dem Inkrafttreten des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892 läßt den Schluß zu, daß der historische Gesetzgeber das Wesen der GmbH verkannt, zumindest aber die Entwicklung dieser Rechtsform nicht richtig vorausgesehen hat. Tatsächlich existiert die GmbH, bedingt einerseits durch die Bedürfnisse der Praxis, andererseits durch die Möglichkeit der vom gesetzlichen Normalstatut abweichenden Satzungsgestaltung, in der Rechtswirklichkeit ganz überwiegend als ein durch Elemente der Personengesellschaften - d.h. kleine, geschlossene Mitgliederzahl, persönliche Mitarbeit der Gesellschafter -, nicht aber solche der Kapitalgesellschaften geprägter Gesellschaftstypus³⁾. Vorherrschend ist die "personenbezogene" oder "personalistische" GmbH⁴⁾. Diese Erfahrung wird durch eine in jüngster Zeit vom Bundesjustizministerium im Zusammenhang mit den Beratungen über eine Reform des GmbH-Rechts angestellte

1) BAUMBACH-HUECK, Einleitung Anm. 1 A; s.a. BRODMANN, § 1 Anm. 1; LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, S. 12 ff (Näheres zur Entstehungsgeschichte der GmbH).

2) RÖMER, a.a.O., S. 52. - Der Typus der GmbH ist also, ganz im Unterschied zu OHG und Aktiengesellschaft, nicht der gesetzliche Niederschlag einer über längere Zeit in der Realität praktisch gehandhabten, gewohnheitsmäßig entwickelten Gesellschaftsform.

3) Daß sie gleichwohl als Kapitalgesellschaft organisiert bleibt, wird nicht verkannt. Eigene Rechtspersönlichkeit, Drittorganschaft und beschränkte Haftung hindern aber nicht, daß die GmbH in Wirklichkeit wie eine Personengesellschaft in Erscheinung tritt.

4) FISCHER: GmbH-Rdsch. 1953, 131; RÖMER, a.a.O., S. 52; GESSLER: GmbH-Rdsch. 1966, 104; LIMBACH: GmbH-Rdsch. 1967, 71(72).

Erhebung bei den Registergerichten¹⁾ bestätigt. Nach ihr sind 23,2 % der erfaßten Gesellschaften sog. Einmann-Gesellschaften; 68,8 % haben 2 bis 5, 4,4 % 6 bis 10, 1,9 % 11 bis 20 und nur 1,7 % mehr als 20 Gesellschafter²⁾. Bei 67,1 % der Gesellschaften sind Gesellschafter zugleich Geschäftsführer, bei 20,8 % sogar alle Gesellschafter zugleich. Es liegt also, obwohl das Gesetz Drittorganschaft vorsieht, praktisch Selbstorganschaft vor³⁾. Danach sind 92 % aller Gesellschaften (nämlich die Einmanngesellschaften mit 23,2 % und die Gesellschaften mit 2 bis 5 Gesellschaftern mit 68,8 %) eindeutig personenrechtlich orientiert und unterscheiden sich von der OHG zumeist nur durch die gesetzlich vorgeschriebene körperschaftliche Organisation sowie die beschränkte Haftung. Die wenigen Gesellschafter haben sich regelmäßig persönlich auf Dauer eng verbunden und sind überwiegend entweder einzeln oder zu mehreren (bei 67 % der Gesellschaften) oder sogar alle (bei 20,8 % der Gesellschaften) mit der Leitung der Geschäfte betraut. In der GmbH setzen sie nicht nur ihr Kapital ein, sondern auch ihre Arbeitskraft und finden damit oft zugleich ihre Lebensbetätigung⁴⁾.

- 1) Mitgeteilt von und zitiert nach GESSLER: GmbH-Rdsch. 1966, 102(104).
- 2) Ähnliche Tendenz zeigt die Erhebung von LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, S. 42. Von 486 untersuchten Berliner Gesellschaften waren 43 = 8,9 % Einmann-, 249 = 51,2 % Zweimann-Gesellschaften und 70 = 14,4 % Gesellschaften mit 3 bis 5 Gesellschaftern. Dagegen hatten nur 11 = 2,3 % der Gesellschaften mehr als 5 Gesellschafter..
- 3) Nach der Erhebung von LIMBACH, a.a.O., S. 63, sind in 309 = 63,6 % von 486 Berliner Gesellschaften ausschließlich Gesellschafter als Geschäftsführer tätig.
- 4) Diese durch Rechtstatsachenforschung nachgewiesene Entwicklung legt es nahe, de lege ferenda den gesetzlichen Typus der GmbH in Anpassung an die Wirklichkeit und in Umkehrung der heutigen Regelung personenbezogen zu gestalten und die kapitalistische GmbH als Ausnahme zu behandeln, die freilich, wie bisher möglich bleiben soll, s. EDER: GmbH-Rdsch. 1966, 135, und GESSLER: GmbH-Rdsch. 1966, 103/104, der sehr treffend darauf hinweist, daß z.B. der Bundesgerichtshof (BGHZ 9, 157 ff) in seinem Urteil über die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund stets die Ausnahmenatur der personenbezogenen GmbH betont, obwohl in der Rechtswirklichkeit von heute nicht die personenbezogene, sondern die kapitalistische GmbH die Ausnahme ist (s.a. oben, S. 22 N. 4). - RÖMER, a.a.O., S. 52, warnt jedoch vor einer zu weitgehenden Anpassung an die Personengesellschaft-

Daß die GmbH - entgegen dem gesetzlichen Typus - heute ganz überwiegend als personenbezogene Gesellschaftsform besteht, wird schließlich durch einen Umstand erhärtet, der für diese Untersuchung besonders bedeutsam¹⁾ ist:

In der Mehrzahl aller Gesellschaftsverträge ist von dem in § 15 V GmbHG vorgesehenen Recht, die Abtretung der Geschäftsanteile an besondere weitere Voraussetzungen, z.B. die Genehmigung der Gesellschaft, zu knüpfen oder der weiteren Möglichkeit, sie ganz auszuschließen, Gebrauch gemacht²⁾.

Derartige Bestimmungen stehen in der Regel in einem engen Zusammenhang mit anderen Vorschriften der Satzung, welche den personenbezogenen, der OHG angenäherten Charakter der GmbH hervorheben³⁾. Ihr Zweck ist zumeist, den ursprünglichen, meist geringen Mitgliederbestand zu erhalten und das Zusammengehörigkeitsgefühl der in der Gesellschaft vielfach mitarbeitenden Gesellschafter, auf deren Person es daher ankommt, zu stärken⁴⁾.

Es ist freilich nicht zu verkennen, daß Abtretungerschwörungen oder -verbote auch in den Satzungen solcher Gesell-

ten, weil sie die vielfältige Verwendbarkeit der GmbH als Rechtsform beschränke. Kritisch ferner BALLERSTEDT: GmbH-Rdsch. 1967, 66(70) (im Gegensatz zu einer früheren Stellungnahme in GmbH-Rdsch. 1953, 139), der es namentlich ablehnt, reine Kapitalvereine auf die Rechtsform der AG zu verweisen und die Beteiligung juristischer Personen an einer GmbH zu verbieten. Der damit verbundene Aufwand an Verbotsnormen stehe in keinem angemessenen Verhältnis zu dem rechtspolitischen Wert eines solchen Zieles.

- 1) S. dazu nachfolgend S. 85/86.
- 2) S. oben S. 65. Nach der Untersuchung von LIMBACH, a.a.O., S. 70, war bei 94,2 % der untersuchten Gesellschaften die Abtretung entweder erschwert oder verboten, s.a. oben S. 65 N. 2.
- 3) FISCHER: GmbH-Rdsch. 1953, 131(135); HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 9. - Auch dies bestätigt die Untersuchung von LIMBACH, a.a.O., S. 70, wonach unter den Gesellschaften, deren Satzungen die Veräußerung der Geschäftsanteile erschweren oder ganz verbieten, diejenigen mit kleinem, sich nur aus natürlichen Personen zusammensetzendem Mitgliederkreis an der Spitze stehen.
- 4) LIMBACH, a.a.O., S. 72, hält daher derartige Klauseln für Gesellschaften mit kleinem Anteilseignerkreis mit Recht für "geradezu selbstverständlich".

schaften anzutreffen sind, die nicht als im engeren Sinne personenbezogen angesprochen werden können, weil der Kreis der Gesellschafter relativ groß und deren tätige Mitarbeit in der Geschäftsführung nicht üblich ist. Bei näherem Hinsehen ergibt sich jedoch, daß auch hier derartige Satzungsbestimmungen zumeist durch einen zumindest im weiteren Sinne personenbezogenen Charakter der GmbH bedingt sind: Auch ein über den bloßen Kapitaleinsatz hinausgehendes, gemeinsames Interesse der Gesellschafter an der Förderung bestimmter spezifischer Belange des Mitgliederkreises steht in der Regel der freien Abtretbarkeit der Geschäftsanteile entgegen¹⁾.

Für eine rein kapitalistische GmbH fehlt es dagegen - von Ausnahmen abgesehen, z.B. dann, wenn ein Abtretungsverbot allein der Sicherung bestehender Mehrheitsverhältnisse in der GmbH dient - regelmäßig an einem zureichenden Grund, die Abtretung der Geschäftsanteile an erschwerende Voraussetzungen zu knüpfen oder ganz zu unterbinden; denn das Kapital ist unpersönlich und beliebig substituierbar. Auf die Person des Kapitalgebers kommt es nicht an. Die Gesellschafter einer solchen GmbH werden daher von der gesetzlichen Befugnis, den freien Mitgliederwechsel einzuschränken, kaum Gebrauch machen²⁾.

1) S.a. LIMBACH, a.a.O., S. 72. - Zu denken ist etwa an Gesellschaften, die, ohne im engeren Sinne selbst erwerbswirtschaftlich tätig zu sein, den wirtschaftlichen (oder auch sonstigen) Zwecken ihrer Mitglieder dienen, z.B. durch gemeinsamen Wareneinkauf usw. die wirtschaftliche Situation der einzelnen, einer bestimmten Branche angehörenden Mitglieder verbessern helfen. In diesem Sinne kommt also auch dem von der GmbH verfolgten Zweck eine erhebliche typenprägende Bedeutung zu.

2) Den engen Zusammenhang von personenrechtlichen Elementen und Erschwerung oder Verbot der Abtretung zeigt auch ein Vergleich mit der umgekehrten gesetzlichen Regelung im Vereinsrecht des BGB. Wenn § 38 BGB bestimmt, daß die Mitgliedschaft im Verein weder übertragbar noch vererblich ist, beruht das auf dem Charakter dieser Mitgliedschaft (im gleichwohl körperschaftlichen Verband) als Personenrechtsverhältnis, s. RGZ 100, 2; 163, 203 u. ERMANN-WESTERMANN, § 38 Anm. 1. Eine andere Regelung in der Satzung läßt § 40 BGB nur deshalb zu, weil ausnahmsweise die Mitgliedschaft im Verein auch mehr vermögensrechtliche Züge annehmen kann. - Im Unterschied zum GmbH-Recht ist hier allerdings die gesetzliche Ausnahme auch die Ausnahme in der Praxis geblieben; denn der Typus des BGB-Vereins in der Rechtswirklichkeit stimmt mit demjenigen des Gesetzes im wesentlichen überein.

ddd) Der personenbezogene Typus der GmbH als Grundlage für das Analogieproblem

Für die Frage der Analogie darf nun nicht auf den abstrakten gesetzlichen Typus der GmbH als Kapitalgesellschaft, sondern es muß auf den in der Rechtswirklichkeit konkret vorherrschenden Typus der personenbezogenen GmbH abgestellt werden.

Gerade die Erkenntnis einer wesentlichen Abweichung des in der Rechtswirklichkeit vorherrschenden Typus der GmbH von ihrem gesetzlichen Normaltypus wird zur Grundlage der Analogie¹⁾. Weil und soweit die GmbH der Praxis trotz ihrer körperschaftlichen Struktur als personenrechtlich geprägter Verband existiert, dessen Mitglieder regelmäßig in einer auf Dauer eingegangenen, zumeist in deren Lebensbetätigung eingreifenden persönlichen Bindung stehen, z.B. also als Geschäftsführer an der Leitung des Unternehmens beteiligt sind, ist die entsprechende Anwendung der im Recht der Personengesellschaften zwingend geltenden Vorschriften über die Beschränkung des Kündigungsrechts geboten. Entscheidend für die Rechtsanwendung ist, daß die Sachverhalte - der gesetzlich geregelte und der gesetzlich nicht geregelte - in ihren für die rechtliche Wertung wesentlichen Merkmalen im Einzelfalle tatsächlich übereinstimmen, mag auch der gesetzliche Typus davon wesentlich abweichen²⁾.

Diese tatsächliche Übereinstimmung ist in den hier interessierenden Fällen regelmäßig gegeben; denn es handelt sich bei den Gesellschaften, für die eine analoge Anwendung der Vorschriften aus dem Recht der Personengesellschaften überhaupt in Frage kommt, nur um solche, bei denen die Abtretung der Geschäftsanteile entweder gemäß § 15 V GmbHG erschwert oder ganz verboten ist³⁾. Solche Bestimmungen in der Satzung sind aber, wie

1) S. auch LARENZ, Methodenlehre, S. 347.

2) Hier findet sich die Entsprechung zu dem im 1. Teil abgehandelten Analogieproblem. Auch die Rechte auf Ausschließung und Austritt aus wichtigem Grund als solche sind i.d. R. nur gerechtfertigt, soweit es sich nicht um eine rein kapitalistische GmbH, sondern - wie in der Praxis vorherrschend - um eine (im engeren oder auch weiteren Sinne) personenbezogene Gesellschaft handelt. Auch dort ist also die Abweichung vom Normaltypus Grundlage der Analogie, s.a.o. S. 20/21.

3) S.o. S. 65 u. 66.

festgestellt¹⁾, zumeist durch einen personenbezogenen, der OHG angenäherten Charakter der GmbH bedingt²⁾.

Im Ergebnis ist daher, soweit die GmbH tatsächlich als personenbezogener Verband existiert, eine differenzierende Behandlung der Kündigungs- und Austrittstatbestände aufgrund ihres gesetzlichen Typus als Kapitalgesellschaft nicht gerechtfertigt.

ff) Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung der Kündigungs- und Austrittstatbestände aus formellen Gründen

Nach der bisherigen Untersuchung steht fest, daß wegen der in allen wesentlichen Punkten übereinstimmenden Sach- und Interessenlage bei der in der Praxis vorherrschenden personenbezogenen GmbH die analoge Anwendung der die Beschränkung des Kündigungsrechts ausschließenden Vorschriften geboten ist.

Trotzdem ist noch ein mehr formeller Einwand zu behandeln, der gegen die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften aus dem Recht der Personengesellschaften erhoben werden könnte: Während bei der OHG und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts das Recht auf Kündigung in zwingenden gesetzlichen Vorschriften gesetzlich verankert ist, läßt das GmbH-Gesetz eine entsprechende gesetzliche Regelung des Rechts auf Austritt von Gesellschaftern vermissen. Dieses Recht ist erst nachträglich von Rechtsprechung und Literatur³⁾ im Wege der Analogie hergeleitet worden. Seine Grundlage findet es jedoch nicht in einer entsprechenden Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über das Kündigungsrecht bei der OHG (Einzelanalogie), sondern in Ableitung aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß ein auf Dauer eingegangenes, in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingreifendes Rechtsverhältnis aus wichtigem Grund

1) s.o. S. 83.

2) Andernfalls aber sind sie zumindest Ausfluß einer im weiteren Sinne personenbezogenen Ausgestaltung der GmbH, s.o. S. 84. Will man das Recht zum Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund auch den Mitgliedern solcher Gesellschaften geben, so spricht vieles dafür, auch hier die Vorschriften über die Beschränkung des Kündigungsrechts entsprechend anzuwenden.

3) S.o. S. 11 ff.

vorzeitig gelöst werden kann (Gesamtanalogie)¹⁾.

Unter Hinweis auf diese, nicht speziell auf dem Recht der OHG beruhende rechtliche Grundlage des Austrittsrechts könnte versucht werden, auch die einzelanaloge Anwendung der die Beschränkung des Kündigungsrechts ausschließenden Vorschriften für nicht zulässig zu halten.

Dabei bliebe indes ein entscheidender Gesichtspunkt unbeachtet:

Auch die zwingenden Vorschriften über die Kündigung bei der OHG und Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind nur ein gesetzlicher Niederschlag des erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsatzes, auf dem auch das Austrittsrecht des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund beruht²⁾. In der gesetzlichen Bestimmung, daß eine Beschränkung des Kündigungsrechts unzulässig und nichtig ist, findet sich eine von vielen besonderen Ausprägungen dieses allgemeinen Prinzips³⁾.

So gesehen hat also das Austrittsrecht nur unter formellen, nicht aber unter materiellen Gesichtspunkten eine vom Kündigungsrecht der Personengesellschaften "verschiedene" rechtliche Grundlage. Soweit es um die besondere Ausgestaltung und Sicherung des als solches aus dem allgemeinen Grundsatz abgeleiteten Rechts geht, ist daher die entsprechende Anwendung von Einzelbestimmungen des Rechts der Personengesellschaften nicht nur erlaubt, sondern auch geboten.

Das Verbot einer wirtschaftlichen Beschränkung des Rechts auf Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund durch eine erheb-

1) S.o. 1. Teil, insbesondere S. 18 ff, 22 ff.
S.a. BGHZ 9, 157(161/162); RGZ 130, 375(378).

2) S.a. BGHZ 9, 157(161), wonach auch die §§ 737 BGB, 140 HGB Ausprägungen des allgemeinen Rechtsgedankens sind.

3) Hier könnte gefragt werden, was zuerst sei: die Einzelbestimmung oder das allgemeine Prinzip; ob das allgemeine Prinzip (induktiv) aus verschiedenen Einzelbestimmungen oder die Einzelbestimmungen (deduktiv) aus dem allgemeinen Prinzip abgeleitet seien. Diese Fragestellung, bei der es auf die Auffassung vom Ursprung des Rechts ankommt, insbesondere darauf, ob ein "Naturrecht" existiert (bejahend wohl BGHZ a.a.O.), kann hier unerörtert bleiben. Es genügt die Feststellung, daß zwischen der konkreten Einzelbestimmung im Recht der Personengesellschaften und dem allgemeinen Rechtsprinzip eine unlösbare Wechselbeziehung besteht.

lich unter dem wirklichen Wert des Geschäftsanteils liegende Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert findet danach seine rechtliche Stütze in den §§ 723 III BGB, 133 III HGB.

c) Zusammenfassendes Ergebnis von 2

Die Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung von Abfindungsklauseln in der Satzung der GmbH stößt neben der allgemeinen auf eine besondere Grenze: Abreden, welche durch eine dem wirklichen Wert des Geschäftsanteils nicht entsprechende ungleichwertige Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert dem einzelnen Gesellschafter das Recht auf Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund wirtschaftlich erschweren, sind nichtig, sofern nicht diese ungleichwertige Abfindung gleichmäßig für alle Ausscheidenstatbestände (einschließlich dem der Auflösung der Gesellschaft) vorgesehen ist. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung der im Recht der Personengesellschaften geltenden zwingenden Regelung, wonach das Recht auf die Kündigung der Gesellschaft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden darf, §§ 723 III BGB, 133 III HGB. Die Analogie ist geboten, weil der im Gesetz geregelte Tatbestand und der vom GmbH-Gesetz nicht geregelte Fall in allen für die rechtliche Wertung wesentlichen Merkmalen einander ähnlich sind. Für die in der Rechtswirklichkeit vorherrschende personenbezogene GmbH, deren Gesellschafter vorwiegend in einer auf Dauer eingegangenen personenrechtlichen Bindung stehen und ihren Geschäftsanteil wegen Erschwerung oder Verbots der Abtretung nicht frei veräußern, also mangels einer abweichenden Satzungsregelung nur durch Austritt aus wichtigem Grund aus der GmbH ausscheiden können, stimmt die Sach- und Interessenslage mit derjenigen im Recht der Personengesellschaften, besonders der OHG, überein. Eine differenzierende Behandlung der Kündigungs- und Austrittstatbestände ist namentlich nicht deswegen gerechtfertigt, weil die GmbH ihrem gesetzlichen Typus nach eine Kapitalgesellschaft ist. Gerade die Abweichung der Rechtswirklichkeit vom gesetzlichen Normaltypus wird zur Grundlage der Analogie.

3. 'Unzulässige Verhängung von Strafmaßnahmen für die Fälle der Ausschließung aus der GmbH

Auch für die Fälle der Ausschließung von GmbH-Gesellschaftern könnte der Satzungsautonomie eine besondere Grenze hinsichtlich der Bestimmung der Abfindung gezogen sein.

Eine solche Grenze kann freilich nicht schon mit den gleichen Erwägungen wie in den Fällen des Austritts aus der GmbH gerechtfertigt werden:

Dort ergibt sich das Verbot einer ungleichwertigen, lediglich für die Fälle des Austritts vorgesehenen Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert des Geschäftsanteils daraus, daß durch sie ein zwingendes Recht in unzulässiger Weise wirtschaftlich beschränkt wird. Derartige Vereinbarungen sind entsprechend §§ 723 III BGB, 133 III HGB - wie im Recht der Personengesellschaften - nichtig¹⁾.

Hier handelt es sich zwar auch um ein zwingendes Recht, das seine Wurzel, wie das Austrittsrecht, in dem erläuterten allgemeinen Rechtsprinzip hat, wonach eine in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingreifende, auf Dauer eingegangene Bindung aus wichtigem Grund vorzeitig muß gelöst werden können²⁾. In der unzureichenden Abfindung lediglich für die Fälle der Ausschließung³⁾ kann aber eine verbotene wirtschaftliche Beschränkung dieses Rechtsbehelfs nicht liegen. Das Recht auf Ausschließung steht nicht dem von der Abfindung betroffenen Gesellschafter, sondern den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind durch die ungleichwertige Abfindung in der Ausübung dieses Rechts nicht nur nicht behindert, sondern werden von ihm gerade um so eher Gebrauch machen, je weniger damit eine finanzielle Belastung für die GmbH verbunden ist⁴⁾.

1) S.o. S. 54 ff.

2) S.o. S. 16 ff.

3) Oder - wie praktisch am häufigsten - der Ausschließung und des Austritts; eine Abfindungsbestimmung, die einheitlich für alle Ausscheidenstatbestände und damit auch für die Fälle der Ausschließung ein ungleichwertiges Entgelt vorsieht, ist wirksam, s.o. S. 67 ff.

4) S. etwa die insoweit aufschlußreichen Ausführungen von HUECK: Betrieb 1957, 37(39): Die ungleichwertige Abfindung oder unentgeltliche Amortisation des Geschäftsanteils im

Die Unzulässigkeit einer solchen Satzungsbestimmung kann sich statt dessen aus einem anderen Grunde ergeben:

Die in dieser diskriminierenden Regelung enthaltene, nur den Auszuschließenden treffende Rechtsverkürzung stellt sich der ihr zugrundeliegenden Motivation und Zweckrichtung nach in der Regel als Androhung einer Strafe für die (meist) schuldhafteste Erfüllung des Ausschließungstatbestandes dar, die tatsächliche Abfindung zum ungleichwertigen Entgelt nach Eintritt dieses Tatbestandes als deren Vollzug, der dem Betroffenen durch finanzielle Benachteiligung ein nachhaltiges Übel zufügt¹⁾.

Fraglich ist, ob und wie weit eine solche Übernahme des Straf- und Sühnagedankens in das Zivilrecht erlaubt ist, konkret: ob der GmbH und den in ihr verbleibenden früheren Mitgesellschaftern eines Auszuschließenden eine derartige, an die Erfüllung des Ausschließungstatbestandes anknüpfende Strafgewalt aufgrund der Satzung zukommen kann. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, daß die Ausschließung nicht nur bei Verschulden, sondern auch aus lediglich objektiven Gründen möglich ist.

a) Der Strafgedanke und das Zivilrecht

Der Strafgedanke ist dem modernen Zivilrecht fremd.

Schon Rudolph von IHERING²⁾ erschien seine Verdrängung aus

Falle der Ausschließung "entspricht dem Zweck der Finanzierungs-GmbH, Kapital für Zwecke des Unternehmens sicherzustellen".

- 1) Als beispielhaft für eine solche Übernahme des Strafgedankens können wiederum die Ausführungen von HUECK: Betrieb 1957, 37(39), gelten, wonach die Satzung in den Fällen der Ausschließung aus wichtigem Grund - anders als bei Austritt aus wichtigem Grund - das Entgelt beliebig festsetzen und sogar eine unentgeltliche Amortisation vorschreiben kann. Das könne "namentlich in Fällen, in denen ein Gesellschafter den Ausschluß durch schweres Verschulden notwendig macht, durchaus am Platze sein ...", s.a.o. S. 45. - Maßgebend für die Zulässigkeit einer ungleichwertigen Abfindung ist danach nicht etwa die Höhe eines vielleicht eintretenden Schadens, sondern bezeichnenderweise das Verschulden des Ausschließenden (der Verschuldensgrad); um es zu ahnden, werden Sanktionen verhängt.
- 2) R. v. IHERING, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht: Vermischte Schriften juristischen Inhalts, S. 155-240.

dem Zivilrecht als die Verkörperung fortschrittlicher Rechtsentwicklung¹⁾. Nach dem Niedergang der Privatstrafen im gemeinen Recht hat der Strafgedanke im Bürgerlichen Gesetzbuch - dem Willen seiner Schöpfer entsprechend - keinen gesetzlichen Niederschlag mehr gefunden. Dies zeigt sich besonders bei der Regelung des Schadensersatzrechts sowie der Vertragsstrafe nach §§ 339 ff BGB.

aa) Schadensersatzrecht

Im Mittelpunkt des Schadensersatzrechts steht der Ausgleichs- und Entschädigungsgedanke. Die Funktion der gesetzlichen Regelung ist es, den Nachteil des Geschädigten auf einen anderen, den Schädiger, abzuwälzen und so einen objektiv gerechten Lastenausgleich herbeizuführen. Der Schutzzweck der Schadensersatzvorschriften ist ausschließlich die Wiedergutmachung des zugefügten Schadens²⁾. Dagegen soll weder über den Schädiger eine Sühne verhängt noch dem Geschädigten eine Genugtuung verschafft werden³⁾. Die Ersatzpflicht geht daher über den Umfang des Schadens grundsätzlich nicht hinaus⁴⁾.

-
- 1) "Das Straßprinzip im Privatrecht ist der Gedanke einer niederen Culturstufe, welcher dem Fortschritt des Rechtsbewußtseins und der Rechtsentwicklung unabwendbar erliegt, um das Schadensersatzprinzip an seine Stelle treten zu sehen" (a.a.O., S. 227) oder: "... der Aufwand von Strafmitteln steht im umgekehrten Verhältniß zur Vollkommenheit der Rechtsordnung ..." (a.a.O., S. 229).
 - 2) BOEHMER, Einführung, S. 44; ders., Grundlagen I, S. 19.
 - 3) Ausnahmsweise kommt dem Schmerzensgeld nach § 847 BGB eine wirkliche Genugtuungsfunktion zu, BGHZ (GrZS) 18, 149. Auch der Schmerzensgeldanspruch ist jedoch seinem Wesen nach, wie jeder andere Schadensersatzanspruch - auf Ausgleich der Schäden gerichtet. Strafcharakter hat das Schmerzensgeld nicht, s. BGHZ 7, 223(224), unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. S.a. Motive, Bd. II, S. 799; Protokolle, Bd. II, 1898, S. 640 ff; BOEHMER, Einführung, S. 44. - GROSSFELD, Die Privatstrafe, S. 77/78, will dagegen auch dem Genugtuungs- und Sühnegedanken im Schadensersatzrecht entscheidende Bedeutung zumessen. Dafür fehlt es jedoch an einer Stütze im Gesetz. Namentlich das Verschuldensprinzip trägt die Behauptung nicht, daß das Schadensersatzrecht "ohne den Gedanken der Sühne nicht (zu) erklären (ist)" (a.a.O., S. 79).
 - 4) Abweichend bei der Vertragsstrafe, s. dazu nachfolgend.

bb) Vertragsstrafe

Auch die Vertragsstrafe des BGB ist keine Strafe im eigentlichen Sinne¹⁾.

Ihr Zweck ist, durch Ausübung eines Zwanges auf den Schuldner die Erfüllung eines Anspruchs mittelbar zu sichern. Außerdem soll sie den Gläubiger bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen vom Nachweis eines konkreten Schadens befreien oder ihm diesen Beweis erleichtern²⁾. Einen poenalen Charakter hat die Vertragsstrafe danach nicht, mag sie auch - wie die Strafe - ein Übel darstellen. Sie ist nicht echte Strafe, sondern Druck- und Zwangsmittel und erfüllt auf vereinfachte Weise die Funktion des Schadensersatzes. Die Verwirkung der Vertragsstrafe bedeutet ebensowenig wie ein gesetzlicher oder vertraglicher Schadensersatzanspruch ein soziales, für die Strafe charakteristisches Unwerturteil über den Verpflichteten³⁾.

cc) Vereinsstrafe

Echten Strafcharakter hat dagegen die sog. Vereinsstrafe des Bürgerlichen Rechts, die der Ahndung von Verletzungen der Vereinspflichten dient⁴⁾.

Ihr muß hier besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Die Frage ist nämlich, ob der GmbH aufgrund ihrer Eigenschaft

1) Hierin unterscheidet sich die Vertragsstrafe des BGB von denen des römischen und gemeinen Rechts, die beide poenalen Charakter haben.

2) ERMAN-WESTERMANN, Vorbem. 1 zu §§ 339-345.

3) OERTMANN, Zur Lehre von der Vertragsstrafe: Recht 1913, 186 ff(187); MEYER-CORDING, Die Vereinsstrafe, S. 59; ENNECCERUS-LEHMANN, § 37 I, S. 159-160; ERMAN-WESTERMANN, a.a.O.; SOERGEL-SIEBERT, § 339 Anm. 4; RGZ 103, 99; BGH LM Nr. 2 zu § 339 BGB; BGH: NJW 1958, 1483. A.M. STAUDINGER-WERNER, Bd. II, 1. Teil (9. Aufl. 1930), Vorbem. zu §§ 339-345: "Die Vertragsstrafe ist Strafe, nicht Schadensersatz". - Mit dem Hinweis, daß der Verfall der Vertragsstrafe i.d.R. Verschulden voraussetzt, läßt sich dies indes nicht begründen; auch die Verpflichtung zum Schadensersatz aufgrund Gesetzes oder Vertrages setzt nur ausnahmsweise - wie z.B. bei der Gefährdungshaftung - Verschulden nicht voraus und bedeutet dennoch keine Strafe, s.a.o. S. 91 N. 3.

4) BGHZ 21, 370(376).

als Verein¹⁾ eine Strafgewalt gegenüber den Gesellschaftern zukommt. Träfe dies zu, so ließe sich die in der Regel mit Strafzweck versehene unzureichende Abfindung für die Fälle der Ausschließung als (zulässige) Vereinsstrafe rechtfertigen.

b) Die Rechtsnatur der Vereinsstrafe

Jeder Verein gibt sich durch die Satzung die seinem besonderen Zweck entsprechende Ordnung. Dabei wird regelmäßig den Mitgliedern in ihrer Gesamtheit die Einhaltung bestimmter typischer Vereinspflichten auferlegt und so ein System sozialer Normen für das Gruppenleben geschaffen²⁾. Ist auch die Feststellung der Satzung ein privatrechtliches Rechtsgeschäft³⁾, so unterscheidet sie sich ihrer Natur nach von einem gewöhnlichen Vertrag zwischen zwei Vertragspartnern wesentlich dadurch, daß sie nicht lediglich auf den Ausgleich entgegengesetzter Parteiinteressen gerichtet, sondern darauf angelegt ist, eine übergreifende, von allen Mitgliedern - gegenwärtigen wie zukünftigen - zu respektierende Verbandsordnung zu schaffen und zu gewährleisten.

Mit MEYER-CORDING⁴⁾ läßt sich von einer "Gruppenethik" des Vereins sprechen, die Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Mitglieder ist und entsprechenden Niederschlag in der Satzung findet.

Der Einhaltung dieser festgelegten Ordnung und Beachtung der sich daraus ergebenden einzelnen Vereinspflichten der Mitglieder dient die Androhung und Verhängung von Disziplinarstrafen durch den Verein. Ihm steht im Rahmen seiner durch die Satzung

1) BAUMBACH-HUECK, Einleitung, Anm. 3; BRODMANN, § 1 Anm. 2; ERMAN-WESTERMANN, vor § 21 Anm. 6 (aE); PALANDT-DACKELMANN, Vorbem. § 21 Anm. 1; SCHOLZ, § 1 Anm. 3. A.M. HACHENBURG-SCHILLING, Allg. Einleitung II, Anm. 3. - Die Eigenschaft der GmbH als Verein folgt aus der körperschaftlichen Verfassung, dem Auftreten im eigenen Namen und der Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel.

2) MEYER-CORDING, a.a.O., S. 45.

3) STAUDINGER-COING, § 25 Anm. 6; ERMAN-WESTERMANN, § 25 Anm. 3; PALANDT-DANCKELMANN, § 25 Anm. 2. A.M. MEYER-CORDING, a.a.O., S. 33 ff (bes. 43, 47), der die Satzung als autonome Rechtsnorm ansieht.

4) MEYER-CORDING, a.a.O., S. 47.

bestimmten Selbstverwaltung eine Strafgewalt gegenüber den Mitgliedern (aber auch nur diesen gegenüber) zu, der sich diese durch den Eintritt in den Verein (oder die Beteiligung an seiner Gründung) unterwerfen¹⁾. Die Vereinsstrafe ist danach zwar keine öffentliche Strafe und steht einer solchen auch nicht gleich, weil öffentliche Strafgewalt nur dem Staate zukommt; ihre Verhängung bedeutet aber, anders als z.B. der Verfall einer Vertragsstrafe nach §§ 339 ff BGB, ein soziales Unwerturteil der Gruppe über den Betroffenen, das sich aus einem vorwerfbareren Zuwiderhandeln gegen die gesetzte Ordnung des Vereins ergibt. Die Vereinsstrafe ist daher als Disziplinarmaßnahme echte Strafe, und zwar Privatstrafe, die der Ahndung schuldhafter Verstöße der Vereinsmitglieder gegen sozialetische Vereinspflichten dient²⁾. Mittelbar gewährleistet sie damit zugleich die Erhaltung der Gruppe.

Die in der Satzung vorgesehenen Vereinsstrafen - zumeist Ausschließung aus dem Verein, Geldstrafen, Entziehung oder Verkürzung bestimmter Vereinsrechte - können daher bei einem schuldhaften Verstoß gegen die Ordnung des Vereins im ganzen oder gegen einzelne Vereinspflichten verhängt werden, sofern dies dazu dient, die besonderen Zwecke der Vereinigung sicherzustellen und damit die Anmaßung einer öffentlichen, nur dem Staat zustehenden Strafgewalt nicht verbunden ist³⁾.

c) Möglichkeit einer Verhängung von Vereinsstrafen durch die GmbH?

Dies alles gilt freilich in erster Linie für den Verein des bürgerlichen Rechts. Gerade für den nicht-wirtschaftlichen Verein im Sinne des § 21 BGB ist die Ausbildung sozialetischer Prinzipien, die Festlegung eines Gruppenethos, der durch die Disziplinargewalt des Vereins bewahrt werden soll, typisch. So ist z.B. die in der Satzung festgelegte Ordnung eines Anwaltsvereins auf die Wahrung der besonderen Aufgaben und Pflichten dieses Berufsstandes ausgerichtet, dient also

1) BGHZ 13, 5(11); 21, 370(375); STAUDNIGER-COING, § 25 Anm. 10.

2) MEYER-CORDING, a.a.O., S. 30; s.a. BGHZ 21, 376.

3) BGHZ 21, 370 ff; FISCHER: LM Nr. 1 zu § 25 BGB; ERMANN-WESTERMANN, § 25 Anm. 2.

der Pflege des spezifischen Berufsethos. Für einen politischen oder religiösen, aber auch z.B. für einen Sportverein kommt es wesentlich darauf an, ein diszipliniertes, an sozial-ethischen Grundsätzen der Gruppe orientiertes Verhalten seiner Mitglieder sicherzustellen. Wer in schuldhafter Weise gegen diese Prinzipien verstößt, sei es, daß er die politischen oder religiösen Grundsätze seines Verbandes mißachtet oder sich "unsportlich" verhält und damit die Verwirklichung der Zwecke des Vereins in Frage stellt, hat mit den in der Satzung für derartige Verstöße vorgesehenen Sanktionen zu rechnen.

Demgegenüber ist den sog. Sondervereinen, namentlich den wirtschaftlichen Vereinen des Handelsrechts, also der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine gemeinsame Rechtsüberzeugung und Gruppenethik ihrer Mitglieder fremd; wenn überhaupt, so ist sie nur schwach ausgeprägt¹⁾. Das beruht auf den besonderen, regelmäßig erwerbswirtschaftlichen oder doch im weiteren Sinne wirtschaftlichen Zwecken dieser Vereine²⁾. In ihnen finden sich Unternehmer oder Kapitalgeber zusammen, denen es um einen wirtschaftlichen Erfolg, um finanziellen Gewinn, nicht aber primär um die Beachtung sozial-ethischer Prinzipien geht. Die von ihnen vereinbarte Satzung ist daher typischerweise auch weniger eine übergreifende Ordnung mit der Festlegung sozialetischer Grundsätze, als ein von ursprünglich entgegengesetzten Individualinteressen bestimmter, wie jeder Vertrag unter Parteien ausgehandelter Kompromiß. Das bedeutet freilich nicht, daß bestimmte übergreifende Grundsätze, wie z.B. die "anständige Gesinnung eines Kaufmanns" unbeachtlich seien. Nur existieren sie unabhängig

1) MEYER-CORDING, a.a.O., S. 47. Diese gemeinsame Rechtsüberzeugung darf indes nicht verwechselt werden mit der mitgliedschaftlichen Interessengemeinschaft; letztere ist durchaus in jeder GmbH oder AG ihrem besonderen Zweck gemäß vorhanden, s. dazu auch MÜLLER-ERZBACH, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 30 ff.

2) Gemäß § 1 GmbHG ist ein erwerbswirtschaftlicher oder wirtschaftlicher Zweck der GmbH zwar nicht nötig, sondern erlaubt ist jeder gesetzlich zulässige Zweck. Tatsächlich sind aber Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit sportlichen, geselligen oder sonstigen ideellen Zwecken eine Ausnahme. Die gegebene Rechtsform ist hier der Idealverein des bürgerlichen Rechts.

von der Satzung einer GmbH und finden in ihr grundsätzlich keinen Niederschlag.

Wegen dieser mangelnden Fixierung sozialetischer Prinzipien in der Satzung fehlt es auch bei der GmbH an einer Disziplinargewalt der juristischen Person, der sich die einzelnen Gesellschafter durch Eintritt in die Gesellschaft oder Beteiligung an der Gründung unterwerfen. Die Androhung und Verhängung von Vereinsstrafen durch die GmbH, jedenfalls durch diejenige mit erwerbswirtschaftlicher oder wirtschaftlicher Zwecksetzung, scheidet daher aus¹⁾.

So hat namentlich das Recht, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund aus der GmbH auszuschließen, als solches im Unterschied zur Ausschließung aus einem bürgerlich-rechtlichen Verein²⁾ keinen Strafcharakter. Gleich, ob es in der Satzung ausdrücklich festgelegt ist oder nicht, dient es ausschließlich dem Ziel, den für die GmbH untragbar gewordenen Gesellschafter aus ihr zu entfernen, nicht aber, ihn darüber hinaus zu bestrafen³⁾. Dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist deswegen der volle Wert seines Geschäftsanteils zu vergüten⁴⁾.

Dies gilt indes nicht nur - wie bereits früher festgestellt⁵⁾ - für den Fall, daß die Satzung der GmbH zu dieser Frage schweigt:

Weil es an einer Strafgewalt der GmbH gegenüber ihren Mitgliedern fehlt, ist eine abweichende Vereinbarung in der Satzung, die allein für die Fälle der Ausschließung aus wichtigem Grund die Abfindung zu einem ungleichwertigen Entgelt, z.B. zum Nennwert des Geschäftsanteils vorsieht, als unzu-

1) Sie kann ausnahmsweise allenfalls bei Gesellschaften mit ideeller Zwecksetzung - wie im Idealverein des BGB. - in Frage kommen.

2) S. dazu MEYER-CORDING, a.a.O., S. 64/65.

3) BGHZ 9, 157(167); WOLANY, Rechte und Pflichten, S. 97. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die Ausschließung aus einer OHG, s. RGZ 146, 169(176). - Strafcharakter hat dagegen das in § 21 GmbHG vorgesehene Recht, einen Gesellschafter wegen Nichteinzahlung der Stammeinlage aus der GmbH auszuschließen (Kaduzierung), s. BGHZ, a.a.O.

4) BGHZ, a.a.O.; 16, 317(322); SCHOLZ, § 15 Anm. 65; WOLANY, Rechte und Pflichten, S. 97 u. 152.

5) S.o. S. 29/30.

lässige Strafandrohung unwirksam¹⁾.

Selbst wenn man annähme, daß der GmbH eine Strafgewalt gegenüber ihren Mitgliedern zusteht, bliebe aber folgendes zu beachten:

Die Ausschließung aus wichtigem Grund ist nicht nur aufgrund schuldhaften Verhaltens eines Gesellschafters möglich, sondern kann im Einzelfall auch aus objektiven, nicht an ein Verschulden anknüpfenden Gründen, z.B. Krankheit oder Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters, gerechtfertigt sein²⁾. Die Androhung oder Verhängung einer Strafe kommt aber nur dann in Betracht, wenn das Verhalten, an das die Strafmaßnahme anknüpft, vorwerfbar, also schuldhaft ist³⁾. Eine Satzungsbestimmung, die die unzureichende Abfindung "für die Fälle der Ausschließung aus wichtigem Grund" als Strafmaßnahme vorsieht, ist daher stets unwirksam, weil sie auch die nicht an ein Verschulden geknüpften Fälle der Ausschließung mit einbezieht und es im übrigen an der notwendigen Bestimmtheit des Straftatbestandes fehlen läßt. Wirksam könnte daher - auch bei gegebener Strafbefugnis der GmbH - nur eine Satzungsbestimmung sein, die für ganz bestimmte, fest umrissene Tatbestände, z.B. geschäftsschädigendes Verhalten, kriminelle Bestrafung, verschwiegene Vorstrafen, Verstoß gegen ein Konkurrenzverbot, Verrat von Geschäftsgeheimnissen o.ä., die Abfindung des Auszuschließenden gegen ungleichwertiges Entgelt vorsieht. Eine Bestrafung "aus wichtigem Grund" ist nicht nur im Strafrecht, sondern auch im Zivilrecht ausgeschlossen⁴⁾.

1) Das gleiche gilt, wenn die Nennwertabfindung außerdem - wie praktisch am häufigsten - auch für die Fälle des Austritts aus wichtigem Grund vorgesehen ist; denn die Diskriminierung gegenüber anderen Fällen des Ausscheidens aus der GmbH bleibt bestehen.

2) BAUMBACH-HUECK, Einführung zu § 34 Anm. 2; SCHOLZ, § 15 Anm. 65; WOLANY, a.a.O., S. 95.

3) MEYER-CORDING, a.a.O., S. 30.

4) WOLANY, Rechte und Pflichten, S. 97.

d) Abfindung zum ungleichwertigen Entgelt als Schadensersatz
oder Vertragsstrafe

aa) Schadensersatz

Fehlt es an einer Möglichkeit der strafweisen Herabsetzung der Abfindung, so kann doch die GmbH (bzw. können die in ihr verbleibenden Gesellschafter) gegen den Ausgeschlossenen einen Anspruch auf Ersatz des durch ein schuldhaftes Verhalten verursachten Schadens geltend machen. Dieser Anspruch ist nicht Ausfluß einer Strafgewalt, sondern als zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch lediglich auf Ausgleich eines durch den Schädiger herbeigeführten Schadens gerichtet¹⁾. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Gesellschaftsvertrages²⁾ ist indes an den Nachweis eines konkreten Schadens geknüpft, der im Einzelfalle schwer zu führen ist. Namentlich auch der Ersatz eines immateriellen Schadens der GmbH durch Einbuße an Ruf (Verminderung des Firmenwertes) etc. ist auf diesem Wege ausgeschlossen.

Vor allem aber scheidet eine pauschale Herabsetzung des Abfindungsentgelts schon in der Satzung der GmbH hier aus³⁾.

bb) Vertragsstrafe

Aus diesen Gründen deutet alles darauf hin, die verminderte Abfindung für alle Fälle der Ausschließung auch wichtigem Grund als Vertragsstrafe nach §§ 339 ff BGB in der Satzung zu verankern⁴⁾.

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe im Gesellschaftsvertrag

1) S.o. S. 91.

2) Daneben kann der Schadensersatzanspruch auch als gesetzlicher Anspruch aus unerlaubter Handlung z.B. nach § 823 II BGB i.V.m. § 263 oder § 266 StGB oder nach § 826 BGB begründet sein.

3) Nur durch Aufrechnung mit einem konkreten Schadensersatzanspruch gegen den Anspruch des Ausscheidenden auf die volle Abfindung wäre eine tatsächliche Minderung des Abfindungsentgelts erreichbar.

4) Zum fehlenden Strafcharakter der Vertragsstrafe s.o. S. 92.

der GmbH ist zulässig und kommt in der Praxis häufig vor¹⁾. Wird als Vertragsstrafe für den Fall der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund - entsprechend der gesetzlichen Regelform - die Zahlung einer bestimmten Geldsumme, also eine Leistung versprochen, so läßt sich die Verkürzung des Abfindungsentgelts auf diese Weise nur mittelbar erreichen. Der auszuschließende Gesellschafter hat zwar den Anspruch auf die Abfindung zum vollen Wert seines Geschäftsanteils. Die GmbH kann jedoch nach § 387 BGB in Höhe des ihr zustehenden, nach Eintritt des Ausschließungstatbestandes fälligen Anspruchs auf Zahlung der Vertragsstrafe gegen den Anspruch auf die Abfindung aufrechnen²⁾.

Einfacher ist dagegen ein anderer Weg:

Die Vertragsstrafe kann ihrem Inhalt nach nicht nur auf Zahlung einer Geldsumme (§ 339 BGB) oder eine andere Leistung gerichtet sein, sondern den Wegfall oder die Verkürzung von Rechten zum Gegenstand haben (sog. Verwirkungsklausel)³⁾.

Damit steht nichts entgegen, die Abfindung des Auszuschlie-

- 1) BAUMBACH-HUECK, § 20 Anm. 3; HACHENBURG-SCHMIDT, § 20 Anm. 13; SCHOLZ, § 20 Anm. 10. - Im Einzelfalle wird es jedoch darum gehen, die (zulässige) Vereinbarung von Vertragsstrafen in der Satzung gegen die (unzulässige) Abrede von echten Strafmaßnahmen inhaltlich abzugrenzen. Bei dieser Auslegung kommt es mangels anderer konkreter Anhaltspunkte im Wortlaut der Satzung entscheidend auf die zum Ausdruck kommende Motivation und Zweckrichtung an. Vertragsstrafe und daher zulässig ist die Abrede nur dann, wenn sie primär Druck- und Zwangsmittel ist und auf vereinfachte Weise die Funktion des Schadensersatzes übernehmen soll, nicht aber, wenn sie mit Strafzweck versehen ist, also dem Auszuschließenden ein Übel zufügen soll, s.a.o. S. 92.
- 2) Ist gemäß § 342 BGB eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so scheidet Aufrechnung mangels Gleichartigkeit der gegenseitigen Leistung aus.
- 3) H.M.: RGZ 68, 42; BGH: NJW 1960, 1568; BAUMBACH-HUECK, § 20 Anm. 3; ENNECCERUS-LEHMANN, § 37 I, S. 159; HACHENBURG-SCHMIDT, § 20 Anm. 13. A.M. STAUDINGER-WERNER, vor § 339 Anm. II 2 u. § 342 Anm. 7. - Verwirkungs- oder Verfallsklausel stehen ihrem Zweck und Inhalt nach dem eigentlichen Vertragsstrafversprechen im wesentlichen gleich. Der Unterschied zwischen dem Leistungsversprechen einerseits und dem Wegfall oder der Verkürzung eines einzelnen Rechts andererseits ist "so sehr auf die rechtstechnische Seite beschränkt, daß aus ihm keine grundsätzlich verschiedene Behandlung abgeleitet werden kann ..." (ERMAN-WESTERMANN, vor §§ 339-345 Anm. 4, s.a. Anm. 2).

Benden mit einem ungleichwertigen Entgelt, also z.B. zum Nenn- oder Steuerwert, als Vertragsstrafe (Verwirkungsklausel) in der Satzung zu vereinbaren. Der Eintritt des Ausschließungstatbestandes hat hier die Verkürzung des Abfindungsanspruchs automatisch zur Folge, ohne daß es einer Aufrechnung mit einem verwirkten Zahlungsanspruch erst bedürfte¹⁾. Ohne daß es sich um die unzulässige Androhung einer Strafmaßnahme handelt, wird so auf die Gesellschafter ein mittelbarer Zwang ausgeübt, dem Gesellschaftsvertrag nicht zuwiderzuhandeln. Der GmbH wird zudem, wie das der weitere Zweck der Vertragsstrafe ist²⁾, der Nachweis eines konkreten Schadens erspart; die Rechtsverkürzung tritt auch dann ein, wenn ein solcher im Einzelfall nicht vorliegt oder schwer feststellbar ist.

Indes knüpfen Androhung und Verfall der Vertragsstrafe (auch in Form der Verwirkungsklausel) grundsätzlich nur an eine schuldhaftete Setzung des Verfallstatbestandes an. Sowohl die für den Fall der Nichterfüllung einer positiven Leistungspflicht als auch die bei Zuwiderhandeln gegen einen Unterlassungsanspruch vorgesehene Vertragsstrafe ist regelmäßig nur dann verwirkt, wenn das Ausbleiben der Leistung oder das Zuwiderhandeln vom Schuldner zu vertreten sind³⁾. Nur ausnahmsweise kann der Vertragsstrafe auch eine garantieähnliche Funktion gegeben werden, indem sie ausdrücklich unabhängig von einem Verschulden versprochen wird⁴⁾.

1) Der Vorteil dieser Regelung besteht auch darin, daß sie es ermöglicht, die Abfindung tatsächlich auf den Nennwert zu beschränken, was bei Vereinbarung einer Geldleistung als Vertragsstrafe kaum möglich ist, weil die Differenz zwischen wirklichem Wert und Nennwert des Geschäftsanteils nicht von vornherein feststeht.

2) S.o. S. 92.

3) H.M.: ENNECCERUS-LEHMANN, § 37 II, S. 161; ERMANN-WESTERMANN, § 339 Anm. 2 u. 3; LARENZ, Schuldrecht I, S. 286/287; STAUDINGER-WERNER, § 339 c. Das folgt für den Fall der Nichterfüllung einer positiven Leistungspflicht aus dem Wortlaut des § 339 Satz 1 BGB, wonach Verzug erforderlich ist, also der Schuldner sein Handeln zu vertreten haben muß, gilt aber, wenngleich § 339 Satz 2 BGB das nicht eindeutig zu erkennen gibt, auch bei Unterlassen; a.M. RGZ 55, 78; BGH LM § 407 Nr. 3; RGRK § 339 Anm. 8.

4) BGH: NJW 1958, 1483; LARENZ, a.a.O., S. 286 N. 1.

Ist danach in der Satzung der GmbH die Vertragsstrafe unterschiedslos "für die Fälle der Ausschließung aus wichtigem Grund" vorgesehen, ohne daß vom Verschulden die Rede ist, so ergibt die Auslegung im Zweifel, daß die Strafe im Einzelfall nur dann verwirkt ist, wenn der Ausschließungstatbestand schuldhaft gesetzt worden ist, nicht aber z.B. bei Geisteskrankheit oder Entmündigung eines Gesellschafters als Ausschließungsgrund.

Im Interesse einer zweifelsfreien Regelung empfiehlt es sich daher, entweder an bestimmte, in der Satzung fest umrissene schuldhaftige Einzelverfehlungen anzuknüpfen oder ausdrücklich zu vereinbaren, daß die Vertragsstrafe auch ohne Verschulden des Auszuschließenden verwirkt sein soll¹⁾.

e) Zusammenfassendes Ergebnis von 3

Die Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung von Abfindungsklauseln in der Satzung der GmbH stößt - außer für die Fälle des Austritts aus der GmbH - auch für diejenigen der Ausschließung von Gesellschaftern aus wichtigem Grund auf eine besondere Grenze. Die pauschale Herabsetzung des Abfindungsentgelts als Strafmaßnahme für die Erfüllung des Ausschließungstatbestandes ist mangels einer Disziplinargewalt der GmbH gegenüber ihren Mitgliedern unzulässig. Zwar ist die GmbH ein Verein, vermag jedoch als Sonderverein des Handelsrechts gleichwohl Vereinsstrafen nicht zu verhängen.

Erlaubt ist dagegen, daß die GmbH gegen den Ausgeschlossenen einen Anspruch auf Ersatz des durch schuldhaftige Verletzung des Gesellschaftsvertrages (oder unerlaubte Handlung) verursachten Schadens geltend macht. Hierfür bedarf es allerdings des Nachweises eines konkreten Schadens. Es liegt daher nahe, die Herabsetzung des Abfindungsanspruchs für die Fälle der Ausschließung aus wichtigem Grund als Vertragsstrafe in Form der sog. Verwirkungsklausel zu vereinbaren. Der Eintritt des

1) WOLANY, Rechte und Pflichten, S. 97, hält die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nur dann für zulässig, wenn sie an bestimmte, schuldhaftige Einzelverfehlung anknüpft. Das ist jedoch unzutreffend, weil es auf eine schuldhaftige Verfehlung für die Vertragsstrafe - wie dargelegt - zwar regelmäßig, aber doch nicht zwingend ankommt.

Ausschließungstatbestandes hat hier automatisch die Verkürzung des Abfindungsanspruchs, z.B. auf den Nennwert des Geschäftsanteils, zur Folge. Dies ist ausnahmsweise auch in der Weise möglich, daß der Verfall der Vertragsstrafe oder die Verkürzung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs ausdrücklich nicht von einem Verschulden abhängig gemacht wird. Es empfiehlt sich jedoch, die Abfindung zum ungleichwertigen Entgelt oder die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils nur für bestimmte, in der Satzung von vornherein genau umrissene Tatbestände vorzusehen. Daß die unzureichende Abfindung hier nur für die Fälle eines schuldhaft herbeigeführten Ausschließungsgrundes vorgesehen wird, nicht aber auch für nicht schuldhaft begründete Ausschließungstatbestände, ist zwar nicht rechtlich notwendig; es ist aber im Interesse einer gerechten Regelung geboten.

D. Zusammenfassung und Ergebnis des 2. Teils (Hauptteil)

Abfindungsvereinbarungen in der Satzung der GmbH sind nach dem Grundsatz der Satzungsautonomie generell zulässig.

Sie sind auch zweckmäßig, weil die Abfindung ausscheidender Gesellschafter auf gesetzlicher Grundlage auf Schwierigkeiten stößt. Der auf diese Weise abzufindende Gesellschafter hat Anspruch auf den vollen Wert des Geschäftsanteils. Die Ermittlung des wirklichen Wertes nach den in der Betriebswirtschaftslehre üblichen Bewertungsverfahren ist aber mit Unsicherheitsfaktoren belastet, weil ein absolut gültiger, verbindlicher Bewertungsmaßstab fehlt. Zweckmäßig sind daher vertragliche Abfindungsvereinbarungen mit einfach zu handhabenden, feststehenden Bewertungsmaßstäben, z.B. die Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert des Geschäftsanteils. Diese Abfindung ist jedoch in aller Regel ungleichwertig und hat einen Vermögensnachteil des Ausscheidenden zur Folge.

Die herrschende Meinung, daß gleichwohl die Vertragsfreiheit bei der Bestimmung der Abfindung in der Satzung lediglich den allgemeinen, immanenten Grenzen der Satzungsautonomie unterliegt, ist unrichtig.

Für die Bestimmung der Abfindung in den Fällen des Austritts und der Ausschließung von Gesellschaftern aus wichtigem Grund stößt nämlich die Satzungsautonomie auf besondere Grenzen: Eine Vertragsbestimmung, die ausschließlich für die Fälle des Austritts von Gesellschaftern aus wichtigem Grund eine ungleichwertige Abfindung zum Nenn- oder Steuerwert des Geschäftsanteils vorsieht, ist entsprechend §§ 723 III BGB, 133 III HGB nichtig. In ihr liegt eine wirtschaftliche Erschwerung und damit unzulässige mittelbare Beschränkung des zwingenden Austrittsrechts. Die entsprechende Anwendung der die Kündigungsbeschränkung ausschließenden Vorschriften aus dem Recht der Personengesellschaften ist geboten, weil die GmbH trotz ihres gesetzlichen Typus als Kapitalgesellschaft in der Rechtswirklichkeit vorwiegend als personenbezogene, in ihrer Ausgestaltung der OHG angenäherte Gesellschaftsform besteht. Diese Abweichung des gesetzlichen vom realen Typus der GmbH ist Grundlage der Analogie.

Ebenfalls unzulässig und nichtig ist eine Vertragsbestimmung, die lediglich für die Fälle der Ausschließung oder der Ausschließung und des Austritts aus wichtigem Grund eine unzureichende Abfindung oder gar den Ausschluß jeder Abfindung, also die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils vorsieht. Sie stellt sich als Androhung einer Strafe für die Erfüllung des Ausschließungstatbestandes dar, zu welcher die GmbH mangels einer Disziplinarstrafgewalt über die Gesellschafter nicht befugt ist. Namentlich als Vereinsstrafe läßt sich eine derartige Regelung nicht rechtfertigen.

Die Gesellschafter sind darauf beschränkt, einen durch schuldhaftes Setzen des Ausschließungstatbestandes verursachten Schaden als Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages geltend zu machen oder die Herabsetzung des Abfindungsentgelts oder den Ausschluß der Abfindung als Vertragsstrafe nach §§ 339 ff BGB in der Satzung zu vereinbaren. Eine solche Maßnahme ist zulässig, weil sie keinen Strafcharakter hat.

Zutreffend ist die herrschende Meinung nur insoweit, als sie es für zulässig hält, die unzureichende Abfindung einheitlich für alle Fälle des Ausscheidens aus der GmbH, einschließlich Austritt und Ausschließung aus wichtigem Grund, in der Satzung

zu vereinbaren; denn in dieser nicht diskriminierenden Regelung liegt weder eine unzulässige Beschränkung des zwingenden Austrittsrechts, noch die verbotene Androhung einer Strafe für den Fall der Ausschließung aus der GmbH.

Dritter Teil

Die Voraussetzungen einer nachträglichen Einführung von abfindungsbeschränkenden Vereinbarungen im Wege der Satzungsänderung

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß abfindungsbeschränkende Vereinbarungen in der Ursprungssatzung der GmbH unbegrenzt nur zulässig sind, soweit sie unterschiedslos für alle Fälle des Ausscheidens von Gesellschaftern getroffen werden. Unzulässig sind dagegen Satzungsbestimmungen, die lediglich für die Fälle des Austritts und der Ausschließung von Gesellschaftern aus wichtigem Grund eine unzureichende Abfindung vorsehen¹⁾.

Zu fragen ist nunmehr, unter welchen Voraussetzungen zulässige Abfindungsbeschränkungen noch nachträglich durch Satzungsänderung eingeführt werden können²⁾. Namentlich geht es darum, ob hierfür ein Beschluß der Mehrheit ausreicht, oder ob außerdem die Zustimmung aller beteiligten Gesellschafter erforderlich ist³⁾.

A. Der Mehrheitsgrundsatz und seine Grenzen

I. Das Mehrheitsprinzip als gesetzliche Regel im GmbH-Recht

Nach § 47 GmbHG erfolgen "die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen ... durch Beschlußfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen".

- 1) Dies gilt für die Fälle der Ausschließung jedoch dann nicht, wenn die ungleichwertige Abfindung als Vertragsstrafe in der Satzung vereinbart wird, s.o. S. 98 ff.
- 2) Soweit es sich um die schon in der Ursprungssatzung unzulässigen Regelungen, also z.B. die unzureichende Abfindung lediglich für die Fälle des Austritts aus wichtigem Grund, handelt, ist selbstverständlich, daß diese auch im Wege der Satzungsänderung nicht eingeführt werden können. S.a. HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 21.
- 3) Diese Zustimmung ist nicht Ausfluß des Stimmrechts und geht nicht im Gesellschafterbeschluß auf, sondern stellt ein besonderes Erfordernis neben ihm dar, s. BGH: Betrieb 1956, 616.

Damit gilt, wie bei allen rechtsfähigen korporativen Zusammenschlüssen, z.B. der Aktiengesellschaft (§ 133 AktG), dem Verein des bürgerlichen Rechts (§ 32 I 3 BGB) und der Genossenschaft (§ 43 GenG), der Mehrheitsgrundsatz. Maßgebend für die Willensbildung im Verband ist die Meinung der Majorität, wie sie in deren Votum zum Ausdruck kommt. Einem durch sie gefaßten Beschluß hat sich die Minderheit zu fügen. Diese Unterordnung der Minderheit unter die Mehrheit wird vom Recht sanktioniert, um die Bewegungs- und Lebensfähigkeit des Verbandes zu gewährleisten; sie findet ihre Rechtfertigung in der grundsätzlichen Gleichrichtung der mitgliedschaftlichen Belange sowie der freiwilligen Mitgliedschaft aller im Verband¹⁾.

II. Modifizierung und Grenzen des Mehrheitsprinzips im GmbH-Gesetz

Diese Mehrheitsherrschaft wird zunächst dadurch eingeschränkt, daß das Gesetz zum Schutz der Minderheit für satzungsändernde Beschlüsse zwingend²⁾ eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen fordert, § 53 II GmbHG³⁾.

Weitergehend nimmt § 53 III GmbHG einer Mehrheit die Macht, die "den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage ob-

1) MÜLLER-ERZBACH, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 39 ff(41). - Dagegen gilt bei der nicht-korporativen BGB-Gesellschaft und der OHG das Prinzip der Einstimmigkeit bei der Beschlußfassung. § 709 BGB fordert Einstimmigkeit bei der Geschäftsführung (s.a. RGZ 136, 242). Aus § 705 BGB folgt, daß dieser Grundsatz auch über die Geschäftsführung hinaus gültig ist (PALANDT-GRAMM, § 705 Anm. 3 b; § 709 Anm. 1 a). Einstimmigkeit bei der Beschlußfassung ist nach § 119 HGB auch bei der OHG die gesetzliche Regel. Die Vorschrift gilt nicht nur für Geschäftsführungsbeschlüsse, sondern auch für alle anderen (SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 119 Anm. 1). Die Einführung des Mehrheitsprinzips bei OHG und BGB-Gesellschaft ist nach dem Gesetz die Ausnahme, §§ 119 II HGB, 709 BGB.

2) BAUMBACH-HUECK, § 53 Anm. 2 C.

3) Dies Erfordernis gilt auch im Aktien-, Genossenschafts- und Vereinsrechts des BGB, §§ 179 II AktG, 16 II 2 GenG, 33 I 1 BGB, und ist damit als allgemeiner Grundsatz des Verbandsrechts zu betrachten (SOERGEL-SIEBERT, § 33 Anm. 1). Im GmbH-Gesetz ist die qualifizierte Mehrheit nur noch - nicht zwingend (BAUMBACH-HUECK, § 60 Anm. 3) - erforderlich für einen Beschluß über die Auflösung der Gesellschaft, § 60 I 2 GmbHG.

liegenden Leistungen", also die mitgliedschaftlichen Pflichten¹⁾ der Gesellschafter zu erhöhen; ein entsprechender Beschluß bedarf außerdem - d.h. neben der qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen - der "Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter".

Daneben gewährt das Gesetz der Minderheit in drei Fällen einen Schutz durch Einräumung von Minderheitsrechten²⁾: Nach § 50 GmbHG haben Gesellschafter, die einzeln oder zusammen 10 % des Stammkapitals innehaben, das Recht auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung³⁾; nach § 61 II GmbHG kann die gleiche Mehrheit die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund und nach § 66 II GmbHG die gerichtliche Bestellung von Liquidatoren beantragen⁴⁾.

III. Schutz der Minderheit vor Beeinträchtigung mitgliedschaftlicher Rechte

Ob und inwieweit auch die Beeinträchtigung oder der Verlust mitgliedschaftlicher Rechte der Mehrheitsherrschaft entzogen ist, kann an Hand der genannten Schutzbestimmung des GmbH-Gesetzes unmittelbar nicht beantwortet werden:

Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für satzungsändernde Beschlüsse über die Einschränkung von Rechten hebt die Gefahr der Majorisierung einer Minderheit nicht auf, sondern mindert sie lediglich ab;

§ 53 III GmbHG fordert Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bei Erhöhung der Leistungen, nicht aber auch aus-

1) S. dazu näher unten S. 126 ff(129 ff).

2) Zahlreicher sind die Minderheitsrechte im Aktienrecht, s. z.B. §§ 103 III 3 (Abberufungsrecht); 142 II 1 (Sonderprüfung); 147 I 1 (Schadensersatzansprüche gegen Gründer etc.); 163 II 1 (Widerspruchsrecht) und 254 II 3 AktG (Anfechtungsrecht).

3) Dieses Minderheitsrecht ist unentziehbar (HACHENBURG-SCHMIDT, § 50 Anm. 17; SCHOLZ, § 50 Anm. 9; RÖMER, a.a.O., S. 66), d.h. es kann nicht durch Mehrheitsbeschluß, wohl aber mit Zustimmung der Betroffenen beeinträchtigt werden. - Zum Begriff des unentziehbaren Rechts s. näher unten S. 113 ff.

4) Diese Minderheitsrechte sind "unverzichtbar" (HACHENBURG-SCHMIDT, § 61 Anm. 11, § 66 Anm. 5; SCHOLZ, § 61 Anm. 1, § 66 Anm. 5; RÖMER, a.a.O., S. 66 u. 74), können also auch mit Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter nicht abbedungen werden.

drücklich bei Verkürzung oder Entziehung von Rechten¹⁾; die gesetzlichen Minderheitsrechte schließlich bieten, weil sie an ganz spezielle Ausnahmetatbestände anknüpfen, keinen Schutz vor Beeinträchtigung allgemeiner Mitgliedschaftsrechte durch Satzungsänderung²⁾.

Andererseits läßt sich die Frage, wieweit die mitgliedschaftliche Rechtsstellung der Mitglieder eines Verbandes dem korporativen Gemeinschaftswillen unterliegt, wo also die Grenze zwischen einem unantastbaren Individualbereich des einzelnen Gesellschafters und dem Bereich der Mehrheitsherrschaft verläuft, auch nicht abstrakt und allgemeingültig beantworten. Bereits Otto von GIERKE³⁾ hat darauf hingewiesen, es sei unmöglich, ein allgemeines Prinzip abzuleiten, das die Bereiche von Körperschaft und Mitglied in einer für alle korporativen Verbände gültigen Weise abgrenze.

Dies hat seine Ursache darin, daß eine solche Grenze entscheidend durch die unterschiedlichen Zwecke der verschiedenen korporativen Zusammenschlüsse bestimmt wird⁴⁾. So ist z.B. in einem Verband mit gemeinnütziger Zwecksetzung der Bereich der Mehrheitsherrschaft in der Regel größer als in einem mit selbstnütziger, insbesondere erwerbswirtschaftlicher Zweckbestimmung, bei dem die Individualinteressen der einzelnen Gesellschafter naturgemäß ein größeres Gewicht und damit einen breiteren Raum zu beanspruchen haben.

Die somit notwendigerweise vergebliche Suche der Wissenschaft nach einem allgemeingültigen Abgrenzungskriterium zwischen Individual- und Gemeinschaftssphäre hat jedoch zu einer kaum übersehbaren Vielzahl von sog. Sonderrechtstheorien geführt, die einen durch Mehrheitsbeschluß unantastbaren "Kernbereich" der Mitgliedschaft begründen sollen. Diese zumeist begriffs-

-
- 1) Zur Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch auf die Fälle der Beeinträchtigung von Rechten s. näher unten S. 133 ff.
 - 2) Sie sind außerdem "aktive" Ausübungsrechte, nicht aber "passive" Schutzrechte der Minderheit.
 - 3) v. GIERKE, Genossenschaftsrecht I (Neudruck 1954), S.533 ff.
 - 4) WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, S. 48; MESTMÄCKER, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 7 ff (9, 10).

juristischen Theorien¹⁾ haben indes dadurch erhebliche Verwirrung gestiftet, daß man als "Sonderrechte" auch einen unantastbaren Bereich der allgemeinen Mitgliedschaftsrechte bezeichnete, die allen Gesellschaftern gleichmäßig zustehen. Richtigerweise sind mit der heute herrschenden Meinung²⁾ als Sonderrechte nur statutarische, d.h. im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage (oder durch Satzungsänderung) begründete Vorrechte einzelner Gesellschafter oder Gruppen von Gesellschaftern gegenüber anderen Gesellschaftern anzusehen³⁾. Diese Vorrechte dürfen nach § 35 BGB, der sinngemäß auch für die GmbH gilt⁴⁾, nicht ohne Zustimmung ihres Inhabers durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden.

Es besteht jedoch Übereinstimmung darüber, daß Unentziehbarkeit in diesem Sinne nicht allein den Sonderrechten einzelner Gesellschafter zukommt. Auch allgemeine Mitgliedschaftsrechte, also Rechte, die jedem Gesellschafter als solchem aufgrund der Mitgliedschaft im Verband gleichmäßig zustehen, können dem Bereich der Mehrheitsherrschaft entzogen sein.

Welche allgemeinen Rechte der GmbH-Gesellschafter danach als unentziehbar anzusehen sind, ergibt sich entweder aus dem Wesen (besser: aus dem das Wesen bestimmenden konkreten Zweck) der GmbH⁵⁾ oder aus besonderen Vorschriften des GmbH-Gesetzes⁶⁾; Unentziehbarkeit kann aber auch die Folge davon sein, daß der Gesellschaftsvertrag die Beeinträchtigung bestimmter Rechte von der Zustimmung der Betroffenen abhängig

-
- 1) Einige Beispiele s. bei MESTMÄCKER, a.a.O., S. 9; s.a. die Beispiele bei MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 288 f.
 - 2) BAUMBACH-HUECK, vor § 13, Anm. 3 A; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 112 IV 1, S. 675; HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 174; LEHMANN, Gesellschaftsrecht, S. 265; SCHOLZ, § 14 Anm. 13; HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 18; SOERGEL-SIEBERT, § 35 Anm. 5; STAUDINGER-COING, § 35 Anm. 5; SUDHOFF, GmbH-Vertrag, S. 227.
 - 3) MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 489, betont außerdem, daß die Vorrangstellung allein im Interesse des Bevorrechtigten verliehen sei.
 - 4) Allg. Meinung, s. z.B. BAUMBACH-HUECK, vor § 13 Anm. 3 A; HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 18.
 - 5) S. unten S. 113 ff.
 - 6) S. unten S. 118 ff.

macht¹⁾.

Auch ohne eine Abgrenzungsformel für die Bereiche von Individuum und Gemeinschaft im korporativen Verband kann danach die Frage der Zugehörigkeit eines Mitgliedschaftsrechts zum unantastbaren Bereich der Individualsphäre eines GmbH-Gesellschafters entschieden werden. Es bedarf einer konkreten Prüfung, ob eine bestimmte allgemeine Berechtigung der Gesellschafter nach dem Wesen der GmbH²⁾, aufgrund einzelner, besonderer Vorschriften des GmbH-Gesetzes oder individueller Vereinbarung in der Satzung dem Mehrheitswillen entzogen ist³⁾.

Läßt sich das Erfordernis der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bei Beeinträchtigung des Abfindungsanspruchs auf diese Weise nicht begründen, so stellt sich die weitere Frage, ob es im konkreten Falle gleichwohl aus einer direkten oder entsprechenden Anwendung des § 53 III GmbHG hergeleitet werden kann.

B. Das Erfordernis der Zustimmung aller beteiligten Gesellschafter bei der Verkürzung oder Entziehung des Anspruchs auf Abfindung

I. Darstellung der Interessenlage

Die konkrete Prüfung, ob der Anspruch der GmbH-Gesellschafter auf Abfindung dem Bereich der Mehrheitsherrschaft oder der Individualsphäre jedes einzelnen Gesellschafters angehört, findet einen prägnanten Hintergrund, wenn man sich die typische Interessenlage vergegenwärtigt:

Wird davon ausgegangen, daß sich im Einzelfall eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen für eine Satzungsänderung über die Beschränkung der Abfindung bildet, der

1) S. unten S. 124 ff. - H.M., BAUMBACH-HUECK, vor § 13 Anm. 3 A; HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 21; SCHOLZ, § 14 Anm. 11/12; FISCHER: JZ 1956, 363.

2) Zur Problematik des Begriffs "Wesen der GmbH" s. S. 113 ff.

3) BAUMBACH-HUECK, a.a.O.; HACHENBURG-SCHILLING, a.a.O.; SCHOLZ, § 14 Anm. 11 aE.

eine nicht zustimmungsbereite Minderheit gegenübersteht, so wird ein Interessengegensatz deutlich.

Der Mehrheit auf der einen Seite ist entscheidend daran gelegen, die Belastung der GmbH mit Abfindungsansprüchen möglichst niedrig zu halten, weil jede Abfindung die Kapitalbasis schmälert und unter Umständen sogar zu einer Gefahr für den Fortgang des Unternehmens werden kann¹⁾. Diesem Ziel kann die Abfindung auf gesetzlicher Grundlage nicht dienen. Bei ihr ist der volle Wert des Geschäftsanteils zu erstatten²⁾. Sie ist auch mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren bei der Bewertung verbunden und erstreckt sich wegen der Schwierigkeit der Wertermittlung zumeist auf längere, die Beweglichkeit des Unternehmens einschränkende Zeit³⁾.

Die die Geschäftspolitik bestimmende Mehrheit läßt sich daher von dem Gedanken leiten, daß die Vereinbarung einer normierten und daher ungleichwertigen Abfindung, z.B. zum Nennwert des Geschäftsanteils, für die Gesellschaft zweckmäßig ist. Die Möglichkeit, daß auch ein Mehrheitsgesellschafter im Falle seines Ausscheidens von einer unzureichenden Abfindung betroffen wird, tritt demgegenüber als wenig wahrscheinlich in den Hintergrund.

Diese Gefahr ist andererseits für die Minderheitsgesellschafter bedeutend größer. Befindet sich die qualifizierte Kapitalmehrheit in Händen weniger Gesellschafter oder sogar im Besitz eines einzigen Gesellschafters, so besteht das natürliche Ziel dieser Mehrheit darin, auch in den Besitz der Geschäftsanteile der Minderheit zu gelangen. Durch eine gezielte Geschäftspolitik, besonders in Fragen der Gewinnverwendung, kann sie die unbequeme Minderheit veranlassen, sich von ihrer Beteiligung "freiwillig" zu lösen. Insbesondere ist sie auch in der Lage, durch willkürliche Setzung entsprechender Tatbestände einen Minderheitsgesellschafter mittelbar zu zwin-

1) Dies besonders dann, wenn - wie zumeist - wenige Gesellschafter vorhanden sind, die einen dementsprechend hohen Anteil am Gesellschaftsvermögen haben.

2) S.o. S. 29/30.

3) Zu den Nachteilen der Abfindung auf gesetzlicher Grundlage im einzelnen s.o. S. 36 ff.

gen, von seinem "Recht" zum Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund Gebrauch zu machen.

Hier wird deutlich, daß die im Interesse der Mehrheit liegende Einführung der Abfindungsbeschränkung durch satzungsändernden Beschluß zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Mitgliedschaft als solcher führt. Der Geschäftsanteil als Inbegriff des Mitgliedschaftsrechts erfährt eine bedeutende Einbuße an dem bisherigen, durch das Gesamtvermögen der GmbH bestimmten Wert. Von dieser Einbuße sind wiederum die Minderheitsgesellschafter, weil das Risiko vorzeitigen Ausscheidens aus der GmbH für sie am größten ist, am meisten betroffen¹⁾.

Vor diesem Hintergrund ist nunmehr zu fragen, ob die Minderheitsgesellschafter vor dieser grundlegenden Veränderung ihrer Gesellschafterstellung durch Mehrheitsbeschluß zu schützen sind. Das Erfordernis ihrer Zustimmung zu der Satzungsänderung könnte im einzelnen aus § 35 BGB folgen; ferner könnte es sich aus der Beeinträchtigung eines unentziehbaren Rechts sowie schließlich auch aus einer direkten oder analogen Anwendung von § 53 III GmbHG ergeben.

II. Zustimmungserfordernis bei Beeinträchtigung von Sonderrechten

§ 35 BGB, der auch im GmbH-Recht gilt, macht eine wirksame Beeinträchtigung von Sonderrechten von der Zustimmung ihrer Inhaber abhängig. Als Sonderrechte in diesem Sinne gelten jedoch nur die statutarischen Vorrechte einzelner Gesellschafter oder Gruppen von Gesellschaftern, nicht jedoch solche Rechte, die allen Gesellschaftern aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der GmbH nach Gesetz oder Satzung gleichermaßen zustehen²⁾.

Ein solches, allen Gesellschaftern gleichermaßen zustehendes, aus der Mitgliedschaft als solcher fließendes Recht ist auch

1) Zu der ähnlichen Macht- und Interessenlage bei der nachträglichen Vinkulierung der Geschäftsanteile durch Mehrheitsbeschluß s. MÖHRING: GmbH-Rdsch. 1963, 201(202).

2) H.M., s.o. S. 109; bei diesen Rechten fehlt es an dem für den Sonderrechtsbegriff notwendigen Merkmal der Bevorzugung des Rechtsinhabers vor anderen Gesellschaftern.

der Anspruch auf Abfindung mit dem wirklichen Wert des Geschäftsanteils nach Ausscheiden aus der GmbH, z.B. durch Ausschließung oder Austritt aus wichtigem Grund¹⁾.

Das Erfordernis nach Zustimmung aller Gesellschafter zur Einführung der Abfindungsbeschränkung durch Satzungsänderung kann danach aus § 35 BGB nicht abgeleitet werden²⁾.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht etwa deswegen gerechtfertigt, weil zwar alle Gesellschafter von der Satzungsänderung betroffen sind, aber der Tatbestand, der eine unzureichende Abfindung im Gefolge hat, immer nur bei einzelnen Gesellschaftern eintreten wird. Entscheidend ist, daß ein solcher Tatbestand potentiell bei jedem Gesellschafter eintreten kann. Zwar wird die Rechtsverkürzung im Einzelfall erst "aktiviert", wenn der Zeitpunkt des Ausscheidens gekommen ist; sie ist aber schon mit Wirksamkeit des satzungsändernden Beschlusses bei jedem Gesellschafter materiell eingetreten.

III. Zustimmungserfordernis bei der Beeinträchtigung von unentziehbaren Rechten

Das Zustimmungserfordernis kann statt dessen gegeben sein, wenn der Abfindungsanspruch als unentziehbares Recht anzusehen ist, das ohne Mitwirkung seines Inhabers nicht beeinträchtigt werden kann³⁾.

1. Unentziehbare (unverzichtbare) Rechte, die sich aus dem Wesen der GmbH ergeben

Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH darf "... nicht die Grenze überschreiten, die durch das Wesen der Gesellschaft gezo-

1) Dies ergibt sich zwar nicht wörtlich aus dem Gesetz, wie z.B. in den §§ 29, 72 GmbHG für die Ansprüche auf den Gewinnanteil und die Liquidationsquote, folgt aber ohne weiteres daraus, daß der Geschäftsanteil als Inbegriff auch der vermögensmäßigen Rechte allen Gesellschaftern gleichmäßig das Recht gewährt, für deren Verlust im Verhältnis ihres Wertes entschädigt zu werden.

2) So übereinstimmend MÖHRING: GmbH-Rdsch. 1963, 201(204), für den Fall nachträglicher Vinkulierung der GmbH-Geschäftsanteile.

3) S.o. S. 109/110.

gen wird"¹⁾, d.h., die Mitgliedschaft darf nicht so sehr aller Rechte entkleidet werden, daß von einer Stellung ihres Inhabers als GmbH-Gesellschafter nicht mehr die Rede sein kann²⁾.

Insoweit stoßen auch Satzungsänderungen auf eine absolute Grenze. Rechte, deren Unentziehbarkeit aus dem Wesen der GmbH folgt, können nicht durch nachträglichen Beschluß der Gesellschaft ver kürzt oder entzogen werden. Auch mit Zustimmung aller Betroffenen ist dies nicht möglich, weil die Dispositionsbefugnis der Gesellschaft an dieser Stelle endet. In Wahrheit handelt es sich hier also nicht um unentziehbare Rechte in dem definierten Sinne - also um solche, deren Beeinträchtigung nur von der Zustimmung der Betroffenen abhängt -, sondern um die unverzichtbaren Bestandteile der Mitgliedschaft³⁾.

Die Umschreibung dessen, was als Wesen der GmbH anzusehen ist und daher die unverzichtbare, also absolut geschützte Rechtsstellung der GmbH-Gesellschafter bestimmt, bereitet indes außerordentliche Schwierigkeiten. Vollends scheidet die Aufzählung wesensbestimmender Merkmale in einer Definition aus⁴⁾. Das beruht darauf, daß die Frage nach den für die Gesellschafterstellung wesentlichen und daher (für sich allein oder in ihrer Gesamtheit) unverzichtbaren Rechten nicht abstrakt für die "GmbH als solche" beantwortet werden kann.

Die wesentlichen mitgliedschaftlichen Rechte werden nämlich maßgeblich durch den von einer GmbH verfolgten Zweck bestimmt, der nach § 1 GmbHG jeder erlaubte, d.h. sowohl wirtschaftliche, erwerbswirtschaftliche als auch ideelle, gemeinnützige, sportliche, gesellige sein kann. Daß aber die Abgrenzung essentieller Vermögensrechte eines GmbH-Gesellschafters unterschiedlich ausfällt, je nachdem, ob der Zweck ein wirtschaftlicher oder ideeller ist, leuchtet ohne weiteres ein.

1) So BGHZ 14, 264(269/270), s.a. oben S. 52 ff(53/54).

2) HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 21.

3) Daher empfiehlt es sich auch, abweichend von dem vorherrschenden Sprachgebrauch hier von "unverzichtbaren" statt von "unentziehbaren" Rechten zu sprechen.

4) LARENZ, Methodenlehre, S. 369, führt zutreffend aus, daß ein abstrakter Begriff bzw. eine Definition keine geeignete Form sei, um das auszudrücken, was man mit "Wesensgehalt" meint.

Die Untersuchung kann und muß sich hier auf Gesellschaften mit der typischen erwerbswirtschaftlichen oder wirtschaftlichen Zwecksetzung beschränken. Für sie ist mit dem Bundesgerichtshof¹⁾ davon auszugehen, "daß derjenige, der kein Stimmrecht, kein Gewinnrecht und keinen Liquidationsanteil besitzt, kein Gesellschafter ist"²⁾. Der gleichzeitige Verlust all dieser Rechte greift nämlich in den essentiellen Bereich der Mitgliedschaft ein. Die Gesellschafterstellung ist ihrer eigentlichen "Substanz" entkleidet.

Dagegen verstößt nach herrschender, zutreffender Meinung der Ausschluß oder die Beschränkung jedes einzelnen dieser Rechte für sich allein nicht gegen das Wesen der GmbH³⁾.

Für das Gewinnrecht folgt das schon aus der dispositiven Natur des § 29 GmbHG, dessen Regelung in der Praxis, zumal bei Gesellschaften mit gemeinnützigen Zwecken, häufig modifiziert oder abbedungen wird⁴⁾. Das gilt aber auch für Gesellschaften mit wirtschaftlicher Zwecksetzung, weil den Gesellschaftern als vermögensmäßiges Recht der Anspruch auf den Liquidationsanteil verbleibt⁵⁾.

Desgleichen ergibt es sich für das Stimmrecht aus § 47 GmbHG, der nach § 45 II GmbHG nur subsidiär anzuwenden ist, d.h.

1) BGHZ 14, 264 ff.

2) BGHZ 14, 270. A.M. WOLANY, Rechte und Pflichten, S. 186, der als Gesellschafter auch noch denjenigen ansehen will, der lediglich die unverzichtbaren Mitwirkungs- und Anfechtungsrechte besitzt.

3) BGHZ 14, 270 ff; BAUMBACH-HUECK, § 29 Anm. 2 A, § 47 Anm. 1 A, § 72 Anm. 1 u. 3 B; HACHENBURG-SCHMIDT, § 29 Anm. 4, § 47 Anm. 7 a., § 72 Anm. 5 u. 7; SCHOLZ, § 29 Anm. 10 u. 11, § 47 Anm. 11, § 72 Anm. 7 u. 9. A.M. BRODMANN, § 29 Anm. 2; § 47 Anm. 1 a. - Sogar der gleichzeitige Ausschluß von Gewinn- und Stimmrecht ist danach möglich, ohne daß das Wesen der GmbH beeinträchtigt wird, wenn nur die Beteiligung am Liquidationserlös, das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, Auskunfts-, Einsichts- und Anfechtungsrechte erhalten bleiben, BGHZ 14, 271, 273; HACHENBURG-SCHMIDT, a.a.O.; SCHOLZ, a.a.O.

4) So ist z.B. der Ausschluß des Gewinnrechts Voraussetzung für eine Steuerbefreiung nach § 17 Steueranpassungsgesetz i.V.m. § 4 II Nr. 1 der Gemeinnützigkeitsverordnung v. 24. Dez. 1953 (BGBl. I, 1592).

5) BGHZ 14, 272.

dann, wenn der Gesellschaftsvertrag abweichende Bestimmungen nicht enthält. Der Gesellschafter, der vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, bleibt im Besitz seiner Mitverwaltungsrechte, kann also an Gesellschaftsversammlungen teilnehmen, Auskünfte verlangen und Beschlüsse der Gesellschafter anfechten¹⁾.

Schließlich ist auch § 72 GmbHG dispositives Recht, wie sein Wortlaut unzweideutig ergibt. Es kann nicht nur ein anderes Verteilungsverhältnis für den Erlös bestimmt²⁾, sondern den Gesellschaftern auch der Anteil am Liquidationserlös völlig genommen werden³⁾.

Die Abdingbarkeit des Stimmrechts läßt keinen Schluß darauf zu, daß der Anspruch eines ausscheidenden GmbH-Gesellschafters auf die Abfindung ebenfalls nicht zu den wesentlichen Bestandteilen seiner Rechtsstellung in der Gesellschaft gehört. Das Stimmrecht ist ein Herrschaftsrecht⁴⁾, während der Anspruch auf die Abfindung zu den Vermögensrechten zu zählen ist. Was für die Herrschaftsrechte gilt, kann auf die Vermögensrechte nicht ohne weiteres übertragen werden.

Der Gewinnanspruch als unselbständiger Bestandteil der Mitgliedschaft⁵⁾ ist zwar ein Vermögensrecht⁶⁾, läßt aber einen

-
- 1) Namentlich das Anfechtungsrecht ist wesentlicher Bestandteil der Mitgliedschaft, ebenso aber z.B. auch die Rechte auf Geltendmachung eines wichtigen Grundes nach §§ 61, 66 GmbHG, s. dazu oben S. 107; diese Mitverwaltungsrechte können daher nicht entzogen werden. Ihre Beeinträchtigung verstößt gegen das Wesen der GmbH (HACHENBURG-SCHMIDT, § 47 Anm. 7 a; SCHOLZ, § 48 Anm. 4).
 - 2) So ausdrücklich § 72 Satz 2 GmbHG.
 - 3) H.M., RGZ 169, 65(82); BGHZ 14, 272; BAUMBACH-HUECK, § 72 Anm. 1; HACHENBURG-SCHMIDT, § 72 Anm. 7; SCHOLZ, § 72 Anm. 9. - Wenn gleichwohl der Anspruch auf den Liquidationsanteil ein unentziehbares, d.h. nur mit Zustimmung aller Betroffenen zu beeinträchtigendes Recht ist, so folgt das nicht aus dem Wesen der GmbH (dann nämlich wäre der Anspruch unverzichtbar), sondern aus dem Gesetz, s. dazu näher unten S. 118 ff(121).
 - 4) HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 17.
 - 5) Dieser ist nicht zu verwechseln mit dem Anspruch auf den festgestellten Gewinn aus dem alljährlichen Gewinnverteilungsbeschuß.
 - 6) HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 17.

Vergleich mit dem Abfindungsanspruch nicht zu. Dieser kann - abgesehen von der theoretischen Möglichkeit neuer Satzungsänderungen - nur endgültig, jener auch vorübergehend beschränkt oder entzogen werden. Die Beeinträchtigung des Abfindungsrechts greift also, weil es um die Beteiligung am Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens und nicht nur die Teilnahme am Gewinn geht, viel tiefer in die Rechtsstellung des Gesellschafters ein als das bei dem Gewinnanspruch der Fall ist, dessen Entziehung im übrigen auch die Teilnahme am Liquidationserlös unberührt läßt.

Zutreffender ist der Vergleich mit dem gesetzlichen Anspruch auf den Liquidationserlös. Dieser gewährt dem Gesellschafter das Recht, nach Auflösung der GmbH und Berichtigung aller Gesellschaftsschulden den Anteil am Vermögen der Gesellschaft ausgezahlt zu erhalten, der sich für ihn nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander ergibt¹⁾.

Auch der Abfindungsanspruch hat zum Inhalt, daß der ausscheidende Gesellschafter den Wert als Abfindungsbetrag erhält, der seiner im Geschäftsanteil verkörperten Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der GmbH entspricht. Der Unterschied besteht nur darin, daß hier die GmbH als solche unter den übrigen Gesellschaftern fort dauert, während sie im Falle der Liquidation erlischt. Wesentliche Bedeutung kommt dieser Unterscheidung in diesem Zusammenhang²⁾ nicht zu. Beide Vermögensrechte, Anspruch auf Abfindung und Anspruch auf Liquidationserlös, zielen auf denselben Gegenstand ab: den Anteil des Gesellschafters am Vermögen der GmbH, der nach seinem Ausscheiden oder der Auflösung der Gesellschaft dem Werte nach an ihn zurückfließen soll.

Für den Anspruch auf Abfindung trifft daher insoweit dasselbe zu, was von dem gesetzlichen Anspruch auf die Liquidationsquote festgestellt worden war: er ist als Vermögensrecht kein nach dem Wesen der GmbH unverzichtbares, sondern allenfalls ein unentziehbares Recht und daher nicht absolut gegen Beeinträchtigung oder Entziehung geschützt.

1) § 72 GmbHG betrifft also die quotenmäßige Aufteilung des nach Tilgung oder Sicherstellung der Schulden verbleibenden Liquidationsüberschusses (BAUMBACH-HUECK, § 72 Anm. 2 A).

2) S. aber unten S. 122/123.

2. Unentziehbare Rechte nach dem GmbH-Gesetz

Ohne daß sie zu den wesentlichen Bestandteilen der Rechtsstellung des GmbH-Gesellschafters gehören, sind jedoch solche allgemeinen Mitgliedsrechte unentziehbar, deren Beeinträchtigung nach dem "Sinn des Gesetzes"¹⁾, also der in Einzelbestimmungen feststellbaren gesetzlichen Wertung, von der Zustimmung der Betroffenen abhängig ist²⁾.

Unentziehbar in diesem Sinne ist z.B. grundsätzlich das Recht jeden GmbH-Gesellschafters, Mitglied der Gesellschaft zu bleiben: § 34 II GmbHG bestimmt, daß die Einziehung von Geschäftsanteilen ohne Zustimmung des Anteilsberechtigten (Zwangsamortisation) nur zulässig ist, wenn deren Voraussetzungen vor Erwerb des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrage festgesetzt waren. Auch die nachträgliche Einführung der Zwangsamortisation im Wege der Satzungsänderung ist nach herrschender Meinung nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich.

Bedeutsam auch für die Einordnung des Abfindungsanspruchs sind die verschiedenen hierfür gegebenen Begründungen: SCHOLZ³⁾ und HUECK⁴⁾ sowie der Bundesgerichtshof⁵⁾ leiten das Ergebnis unter Berufung auf eine Entscheidung des Kammergerichts⁶⁾ aus § 53 III GmbHG her, weil eine solche Regelung die Pflichten der Gesellschafter vermehre. Ausreichend sei schon die Möglichkeit einer erhöhten Haftung für den Fall, daß die Stammeinlage nicht voll bezahlt gewesen sei (§ 24 GmbHG) oder an einem Gesellschafter entgegen § 30 GmbHG ausbezahlte Beträge vom Empfänger nicht erlangt werden könnten⁷⁾.

1) WOLANY, Rechte und Pflichten, S. 188.

2) S.o. S. 109/110.

3) SCHOLZ, § 53 Anm. 27, § 34 Anm. 2.

4) BAUMBACH-HUECK, § 53 Anm. 3 E, § 34 Anm. 2 A, s.a. HUECK: Betrieb 1957, 37(40).

5) BGHZ 9, 157(160).

6) KGJ 25, A 258(259/260).

7) Diese Lösung erscheint krampfhaft gesucht. Wohlweislich verzichtet auch der BGH, a.a.O., darauf, die genannten, in der Entscheidung des Kammergerichts herangezogenen Beispiele ausdrücklich zu erwähnen, erspart sich damit jedoch überhaupt eine Begründung dafür, daß in der nachträglichen Einführung der Zwangsamortisation eine Pflichtenvermehrung liegt.

Überzeugender ist es, mit SCHMIDT¹⁾ anzunehmen, daß die Schaffung der Möglichkeit, den Geschäftsanteil einzuziehen, in das gesetzliche unentziehbare Recht auf den Fortbestand der Mitgliedschaft eingreift. Es werden nicht die Pflichten der Gesellschafter erhöht - und auch die abstrakte Möglichkeit erhöhter Pflichten reicht nicht aus -, sondern die mitglied-schaftlichen Rechte in ihrem Kernbereich verkürzt: das Recht auf den Fortbestand der Mitgliedschaft als solches ist dem Gesellschafter nach dem Willen des Gesetzes, dem normativen Gesetzessinn²⁾, ohne seine Zustimmung grundsätzlich nicht entziehbar³⁾. Diese Wertung bringt § 34 GmbHG zum Ausdruck, wenn er die Einziehung von Anteilen überhaupt davon abhängig macht, daß sie im Vertrage vereinbart ist (Absatz 1), und für die Einziehung gegen den Willen des Anteilsberechtigten fordert, daß ihre Voraussetzungen bereits vor dem Anteilserwerb gesellschaftsvertraglich festgelegt sein müssen. Schon daraus folgt, daß auch im Wege der Satzungsänderung die zwangsweise Einziehung nur mit Zustimmung aller Betroffenen eingeführt werden kann, weil andernfalls der vom Gesetzgeber angestrebte, im Gesetz statuierte Schutz des Rechts auf den Fortbestand der Mitgliedschaft unvollständig bliebe.

§ 53 III GmbHG, der von der Vermehrung der den Gesellschaftern "obliegenden Leistungen", nicht aber von der Verkürzung ihrer Rechte spricht, braucht daher nicht angewendet zu werden⁴⁾.

1) HACHENBURG-SCHMIDT, § 34 Anm. 11; s.a. RÖMER, Die Gestaltung der GmbH: DNotZ 1961, Sonderheft S. 73.

2) Gemeint ist der objektivierter Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut und Sinnzusammenhang der Vorschrift ergibt. (BVerfG 1, 299(312); 11, 126(130)).

3) Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz insoweit, als die GmbH das Recht hat, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auch gegen seinen Willen aus der Gesellschaft auszuschließen, ohne daß die Voraussetzungen der Einziehung nach § 34 GmbHG vorzuliegen brauchen, s.o. S. 9 ff.

4) Unrichtig insoweit auch SCHMIDT (HACHENBURG-SCHMIDT, § 14 Anm. 21 u. § 34 Anm. 11), der den Gesichtspunkt des unentziehbaren Rechts direkt mit § 53 III GmbHG in Verbindung bringt; ebenso unzutreffend SCHOLZ, § 53 Anm. 21.

Aufschlußreich ist auch der bestehende Streit darüber, ob das Recht der Mitglieder auf die freie Abtretbarkeit der Geschäftsanteile nach § 15 I GmbHG nur mit Zustimmung aller Betroffenen beeinträchtigt werden kann, oder ob die nachträgliche Vinkulierung der Anteile durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß möglich ist. Die herrschende Meinung fordert Zustimmung aller Betroffenen. Bedeutsam sind auch hier die verschiedenartigen Begründungen:

Das Reichsgericht¹⁾ hält die freie Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile für ein Sonderrecht, was nach heute anerkannter Definition dieser Rechte nicht zutrifft²⁾. STAUB³⁾ bezeichnet sie als "unentziehbares Grundrecht". SCHOLZ⁴⁾ und ihm folgend MÖHRING⁵⁾ sehen in der Einführung der Abtretungsbeschränkung eine Vermehrung der Leistungen der Gesellschafter im Sinne von § 53 III GmbHG, wenden also diese Vorschrift an. Die nachträgliche Beschränkung der freien Abtretbarkeit sei "eine mittelbare nachträgliche Leistungsvermehrung"⁶⁾, weil das ursprüngliche Verhältnis zwischen Aufwendung für den Geschäftsanteil und dem Wert des Geschäftsanteils als vermögenswerter Anteil an der wirtschaftlichen Substanz der Gesellschaft zuungunsten der Minderheitsgesellschafter verändert werde⁶⁾.

Ob dem zuzustimmen ist, kann für die Frage der nachträglichen Einführung der Abtretungsbeschränkung auf sich beruhen, nachdem der Gesetzgeber in § 180 II AktG die nachträgliche Vinkulierung von Namensaktien im Wege der Satzungsänderung von der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre abhängig gemacht hat⁷⁾. Diese Wertung des Gesetzes kann bei der wesent-

1) RGZ 68, 210.

2) S.o. S. 109.

3) in HACHENBURG (5. Aufl.), § 15 Anm. 50 u. § 53 Anm. 5; anders jedoch SCHILLING in der 6. Aufl., § 15 Anm. 50, § 53 Anm. 29, der grundsätzlich eine 3/4 Mehrheit für ausreichend hält.

4) SCHOLZ, § 14 Anm. 12, § 53 Anm. 26.

5) MÖHRING: GmbH-Rdsch. 1963, 201(204).

6) MÖHRING, a.a.O., 205.

7) Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Begründung ist jedoch erforderlich bei der Prüfung, ob die Beeinträchtigung des Abfindungsanspruchs als Leistungsvermehrung i.S.v. § 53 III GmbHG anzusehen ist, s. dazu näher unten S. 126 ff.

lichen Gleichheit der Rechtslage auch für die GmbH Gültigkeit beanspruchen¹⁾. Das Recht auf freie Abtretbarkeit ist danach ein unentziehbares Recht, wenngleich dies dem GmbH-Gesetz, insbesondere § 15, nicht zweifelsfrei entnommen werden kann.

Ein nach der gesetzlichen Wertung unentziehbares Recht ist schließlich auch der gesetzliche Anspruch auf den Liquidationserlös. Jedem Gesellschafter steht nach § 72 GmbHG die nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile bestimmte Liquidationsquote zu. Das Gesetz fordert also, daß die Gesellschafter der GmbH die von ihnen geleistete Vermögenseinlage - vermehrt um einen anteiligen Vermögenszuwachs oder anteilig vermindert um erlittene Verluste - zurückerhalten sollen, wenn die Gesellschaft endet. Mit der Auflösung der GmbH fällt der Zweck fort, dem das Vermögen dienen sollte, mithin auch die bisherige Interessengemeinschaft der Gesellschafter. Zweck der als Liquidationsgesellschaft fortbestehenden GmbH ist nunmehr allein die Abwicklung. Damit aber stößt auch der Bereich der Mehrheitsherrschaft auf seine Grenze. Kein Gemeinschaftsinteresse kann es rechtfertigen, daß der Anspruch auf den Liquidationsanteil den Mitgliedern nachträglich durch Mehrheitsbeschluß genommen wird²⁾. Soll daher durch Satzungsänderung ein anderes Verhältniß bestimmt oder aber die Quote ganz entzogen werden, was nach der dispositiven Natur des § 72 möglich ist³⁾, so bedarf ein solcher Beschluß der Zustimmung aller beteiligten Gesellschafter⁴⁾.

1) So zutreffend BAUMBACH-HUECK, § 15 Anm. 5 A; anders die Vorauslagen, nach denen ein satzungsändernder Mehrheitsbeschluß ausreicht. - Es ist anzunehmen, daß diese Wertung im Zuge der Reform auch im GmbH-Gesetz Niederschlag finden wird.

2) MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 56 u. 272.

3) S.o. S. 116.

4) Absolut h.M.: BGHZ 14, 264(272); KG JW 1934, 2979; BAUMBACH-HUECK, § 72 Anm. 1 u. 3 B; BRODMANN, § 53 Anm. 4, § 72 Anm. 1 d; HACHENBURG-SCHMIDT, § 72 Anm. 5; SCHOLZ, § 72 Anm. 7 u. 9; VOGEL, § 72 Anm. 1. A.M. WOLANY, Rechte und Pflichten, S. 187, bezüglich der Änderung des Verteilungsmaßstabes. - Das Zustimmungserfordernis wird indes auf Gesellschaften mit ausschließlich gemeinnützigen Zwecken nicht zu erstrecken sein; denn bei ihnen sind die Vermögensrechte und insbesondere der Liquidationsanspruch schon von vornherein beschränkt, s. § 4 II Nr. 2 Gemeinnützigkeitsver-

Den hier beispielhaft genannten unentziehbaren Rechten auf Fortbestand der Mitgliedschaft, freie Abtretbarkeit des Geschäftsanteils sowie auf den Liquidationserlös ist gemeinsam, daß sie sämtlich zugleich ausdrücklich gesetzlich vorgesehene Rechte sind. Der Gesetzgeber hat sie in den §§ 15, 34 und 72 GmbHG geregelt und damit "institutionalisiert". Dagegen ist der Anspruch auf Abfindung infolge Ausscheidens eines einzelnen Gesellschafters aus der GmbH dem Gesetz unbekannt, wie es ja auch die Rechte auf Austritt und Ausschließung aus wichtigem Grund als solche nicht kennt¹⁾. Unabhängig vom Wortlaut des GmbH-Gesetzes ergibt der Abfindungsanspruch sich daraus, daß das Ausscheiden, z.B. durch Ausschließung oder Austritt aus wichtigem Grund, nur die Mitgliedschaft in der GmbH beenden, nicht aber darüber hinaus einerseits zu einer Vermögensbenachteiligung des Ausscheidenden, andererseits zu einer Bereicherung der übrigen Gesellschafter führen soll. Dem ausscheidenden Gesellschafter steht daher gegen denjenigen, dem der Anteil zufällt, ein schuldrechtlicher Anspruch auf den vollen Gegenwert zu²⁾.

Gesetzlichen Vorschriften des GmbH-Gesetzes kann demzufolge nicht entnommen werden, daß der Abfindungsanspruch zu den unentziehbaren mitgliedschaftlichen Rechten gehört; denn eine entsprechende gesetzliche Wertung existiert nicht. Den Abfindungsanspruch als Recht anzusehen, dessen Unentziehbarkeit aus dem Gesetz folgt, hieße, etwas in das Gesetz hineininterpretieren, was ihm unbekannt ist.

Die Unentziehbarkeit des Abfindungsanspruchs kann auch nicht daraus abgeleitet werden, daß der gesetzliche Anspruch auf die Liquidationsquote nach § 72 GmbHG als unentziehbares Recht eingeordnet worden ist³⁾. Beide Ansprüche sind zwar ähnlich, was ihren Gegenstand betrifft⁴⁾, aber verschieden in bezug auf

ordnung v. 24. Dez. 1953, BGBI. I, 1592. Im Vordergrund stehen die Verwaltungsrechte der Gesellschafter.

1) S.o. S. 9.

2) BGHZ 9, 157; s.o. S. 29 ff.

3) S. dazu oben S. 121.

4) S.o. S. 117.

den Tatbestand, an den sie anknüpfen:

Der Anspruch auf den Liquidationserlös ergibt sich infolge Auflösung der GmbH, mit der ihre bisherige Zwecksetzung und Interessengemeinschaft unter den Gesellschaftern enden¹⁾. Die noch als Liquidationsgesellschaft mit dem beschränkten Zweck der Abwicklung fortbestehende GmbH erlischt als juristische Person, sobald das Vermögen vollständig verteilt ist.

Dagegen besteht die GmbH bei Ausscheiden einzelner Gesellschafter durch Ausschließung und Austritt, das den Abfindungsanspruch auslöst, als solche mit der ursprünglichen Zwecksetzung fort. Auch die bisherige Interessengemeinschaft dauert an; nur gehört ihr der Ausgeschiedene nicht mehr an. Vor allem besteht - anders als im Liquidationsstadium - ein gemeinsames Interesse der übrigen Gesellschafter daran, daß die zur Zweckerreichung erforderliche Kapitalbasis der GmbH möglichst ungeschmälert erhalten bleibt.

Die vom Gesetzgeber für den Anspruch auf die Liquidationsquote vorgenommene Wertung beruht also ersichtlich auf einer anderen Interessenlage, als sie im Falle des Ausscheidens einzelner Mitglieder der GmbH vorzufinden ist; sie basiert darauf, daß Mehrheitsherrschaft sich nur dort ausbildet, wo eine Interessengemeinschaft besteht und dort endet, wo diese gegebene Interessengemeinschaft im ganzen entfällt²⁾. Auf den gesetzlich nicht geregelten Tatbestand des Abfindungsanspruchs kann folglich diese Wertung nicht übertragen werden³⁾.

Der Abfindungsanspruch kann danach nicht als ein Recht angesehen werden, dessen Unentziehbarkeit aus besonderen Vorschriften des Gesetzes folgt.

1) S.o. S. 121.

2) MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 48 u. 56.

3) Das schließt indes nicht aus, daß der Abfindungsanspruch als mitgliedschaftliches Recht dem Bereich der Mehrheits-herrschaft deswegen nicht angehört, weil seine Beeinträchtigung aus dem ursprünglich gegebenen Rahmen der bestehenden Interessengemeinschaft herausfällt. Eine derartige Schlußfolgerung kann jedoch anhand des § 72 GmbHG wegen der vorhandenen Interessenungleichheit nicht gezogen werden, sondern sich unter Umständen nur in Anwendung eines in § 53 III GmbHG allgemein zum Ausdruck kommenden Prinzips ergeben, s. dazu im einzelnen unten S. 137 ff.

3. Unentziehbare Rechte nach dem Gesellschafterwillen

Unentziehbar sind ferner auch solche allgemeinen Mitgliedsrechte, deren Beeinträchtigung der Gesellschaftsvertrag von der Zustimmung der Betroffenen abhängig macht¹⁾. Nach dem Grundsatz der Satzungsautonomie haben die GmbH-Gesellschafter eine sehr weitgehende Freiheit bei der Ausgestaltung der Gesellschaft und der Regelung der mitgliedschaftlichen Rechte²⁾. Sie können danach grundsätzlich frei bestimmen, welche der allgemeinen Mitgliedschaftsrechte dem Bereich der Mehrheitsherrschaft entzogen und damit unentziehbar sein sollen³⁾. Ein solcher Wille kann sich ausdrücklich aus einzelnen Satzungsbestimmungen ergeben, ihnen aber auch durch Auslegung zu entnehmen sein⁴⁾.

Ob der Abfindungsanspruch nach dem Gesellschafterwillen als unentziehbar gewollt ist, läßt sich somit nicht abstrakt und allgemeingültig beantworten; es bedarf der konkreten Prüfung des Gesellschaftsvertrages in jedem einzelnen Fall. Enthält dieser keine Bestimmungen über die Abfindung ausscheidender Gesellschafter, so ist auch für eine Auslegung, der Abfindungsanspruch sei unentziehbar, kein Raum. Ein möglicherweise vorhandener dahingehender Wille der Gründer, der in der Satzung keinen Niederschlag gefunden hat, ist unbeachtlich⁵⁾.

4. "Gläubigerrechte" als unentziehbare Rechte

Unentziehbar sind schließlich auch die sogenannten "Gläubigerrechte".

1) S.o. S. 110/111.

2) BGHZ 14, 264(269); s.o. S. 26 ff.

3) BAUMBACH-HUECK, vor § 13 Anm. 3 A; FISCHER: JZ 1956, 362 (363); HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 21; SCHOLZ, § 14 Anm. 11.

4) Nach SCHOLZ, § 14 Anm. 12, spricht jedoch eine Vermutung dafür, daß jedes allgemeine Gesellschafterrecht durch Mehrheitsbeschluß abänderbar ist. - Dagegen mit Recht HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 21, wonach in jedem Falle der in der Satzung zum Ausdruck gekommene Wille als maßgeblich zu prüfen ist.

5) Die Auslegungsregel des § 133 BGB gilt auch hier. - Zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages s. HACHENBURG-SCHILLING, § 2 Anm. 58.

Das sind einmal alle diejenigen Rechte eines Gesellschafters, die ihm unabhängig von der Mitgliedschaft aus einem anderen Rechtsgrund, z.B. Vertrag, unerlaubter Handlung, zustehen und daher der Verfügungsgewalt der Gesellschaft nicht unterworfen sind¹⁾.

Dieser Gruppe von Rechten ist der Abfindungsanspruch nicht einzuordnen, weil er sich aus der Mitgliedschaft als solcher ergibt²⁾.

Gläubigerrechte sind aber auch solche Ansprüche, die zwar aufgrund der Mitgliedschaft entstanden sind, sich aber danach von ihr abgelöst und verselbständigt haben³⁾. Ein solches unentziehbares Gläubigerrecht ist z.B. der Anspruch eines Gesellschafters auf den festgestellten Gewinnanteil. Mit dem Gewinnverteilungsbeschuß verfestigt sich der ursprünglich am Geschäftsanteil haftende unselbständige Gewinnanspruch nach § 29 GmbHG zu einem selbständigen Forderungsrecht⁴⁾.

Auch der schon als solcher unentziehbare mitgliedschaftliche Anspruch auf die Liquidationsquote nach § 72 GmbHG wird zu einem verselbständigten, konkreten Gläubigerrecht, nämlich einem fälligen Zahlungsanspruch, sobald die Gläubiger der Gesellschaft nach § 73 GmbHG befriedigt oder sichergestellt sind⁵⁾.

Diese Rechte sind als Gläubigerrechte der Mehrheitsherrschaft entzogen, weil ihr Gegenstand, der zur Verteilung bestimmte

1) ERMANN-WESTERMANN, § 35 Anm. 2; HACHENBURG-SCHILLING, § 14 Anm. 22; STAUDINGER-COING, § 35 Anm. 6 a; RGRK, § 35 Anm. 4; SOERGEL-SIEBERT, § 35 Anm. 12; SCHOLZ, § 14 Anm. 9, der jedoch insoweit von "Drittgläubigerrechten" spricht.

2) S.o. S. 122.

3) MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 281/282; HACHENBURG-SCHILLING, a.a.O.; SCHOLZ, § 14 Anm. 9, der nur sie allein als Gläubigerrechte bezeichnet; SOERGEL-SIEBERT, § 35 Anm. 13, die hier von "erworbenen Mitgliedsrechten" sprechen; STAUDINGER-COING, § 35 Anm. 6 f.

4) BAUMBACH-HUECK, § 29 Anm. 2 B; HACHENBURG-SCHMIDT, § 29 Anm. 8; SCHOLZ, § 14 Anm. 9, § 29 Anm. 3; STAUDINGER-COING, § 35 Anm. 6 f.

5) HACHENBURG-SCHMIDT, § 72 Anm. 1; SCHOLZ, § 72 Anm. 2; VOGEL, § 72 Anm. 3.

Gewinn oder das nach Befriedigung der Gläubiger verbleibende Vermögen, aus der Interessengemeinschaft der GmbH ausgeschieden ist. Mit dem Gewinnverteilungsbeschluß und der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gibt die Gesellschaft zu erkennen, daß sie dieses Vermögen für den ursprünglichen Zweck und den Zweck der Abwicklung nicht mehr braucht¹⁾.

Unentziehbar ist danach der Anspruch auf Abfindung als Gläubigerrecht erst dann, wenn er sich von der Mitgliedschaft abgelöst und verselbständigt hat. Das trifft erst zu, wenn der Tatbestand des Ausscheidens, an den die Abfindung geknüpft ist, eingetreten und die Höhe des Anspruchs von den Organen der GmbH oder durch gerichtliche Entscheidung festgestellt worden ist. Als unselbständiger Bestandteil der Mitgliedschaft ist der Abfindungsanspruch ebensowenig ein Gläubigerrecht in dem bezeichneten Sinne wie die allgemeinen Rechte auf einen Gewinnanteil und die Liquidationsquote nach den §§ 29 und 72 GmbHG.

Das Erfordernis der Zustimmung aller beteiligten Gesellschafter für einen satzungsändernden Beschluß über die Beschränkung des Abfindungsanspruchs ist daher auch auf diese Weise nicht zu begründen.

IV. Zustimmungserfordernis nach § 53 III GmbHG

Das Zustimmungserfordernis kann endlich seine Grundlage in § 53 III GmbHG finden, wonach eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden kann.

1. Direkte Anwendung von § 53 III GmbHG

Eine direkte Anwendung von § 53 III GmbHG setzt voraus, daß die Beschränkung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs als Vermehrung der Leistungen im Sinne dieser Vorschrift aufgefaßt werden kann.

1) MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 282.

a) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur

Vorwiegend wird der Begriff der Vermehrung der Leistungen in einem engen Sinne ausgelegt und darunter ausschließlich eine unmittelbare, d.h. direkt durch den satzungsändernden Beschluß begründete Vermehrung¹⁾ oder Neueinführung²⁾ gesellschaftsvertraglicher Leistungspflichten, z.B. von Nebenverpflichtungen nach § 3 II GmbHG³⁾ oder einer Nachschußpflicht nach § 26 GmbHG⁴⁾, verstanden. Dabei kommen als Leistungen, deren Auferlegung nach dem Prinzip der Satzungsautonomie möglich ist, nicht nur Handlungen, sondern auch Unterlassungen in Betracht⁵⁾.

Im Gegensatz dazu soll nach Ansicht von SCHOLZ⁶⁾ und MÖHRING⁷⁾

- 1) H.M., BAUMBACH-HUECK, § 53 Anm. 3 D; HACHENBURG-SCHILLING, § 53 Anm. 11; WILKE-BERG, Handbuch der GmbH, S. 217. A.M. BRODMANN, § 53 Anm. 4 e. - Nicht unmittelbar ist z.B. die nach einem Kapitalerhöhungsbeschluß eintretende Haftung der Gesellschafter für Fehlbeträge an neuen Geschäftsanteilen; sie folgt unmittelbar aus dem Gesetz, § 24 GmbHG, s. RGZ 93, 251; 122, 163; BAUMBACH-HUECK, § 55 Anm. 2 A; SCHOLZ, § 24 Anm. 10, § 53 Anm. 22; VOGEL, § 53 Anm. 6; WILKE-BERG, a.a.O., S. 221.
A.M. insoweit HACHENBURG-SCHMIDT, § 24 Anm. 16 - 19 c, wonach ohnehin jeder Gesellschafter nur für Ausfälle an Emissionen haftet, an denen er selbst beteiligt war. Ebenso SCHULER: GmbH-Rdsch. 1956, 65 ff. - Unmittelbar ist jedoch z.B. andererseits die Einführung oder Erhöhung einer Vertragsstrafe nach § 339 BGB, weil die Verpflichtung zu ihrer Leistung in dem satzungsändernden Beschluß begründet, wenn auch durch die Nicht- oder nichthörige Erfüllung der in Frage stehenden Hauptverpflichtung bedingt ist; so auch - wenngleich ohne Begründung - BAUMBACH-HUECK, § 53 Anm. 3 E; HACHENBURG-SCHILLING, § 53 Anm. 12; SCHOLZ, § 53 Anm. 22. - Zum Zustimmungserfordernis bei Einführung einer Vertragsstrafe im Wege der Satzungsänderung s. auch unten S. 133 ff(139).
- 2) H.M., s. Entwurf, S. 102; BAUMBACH-HUECK, § 53 Anm. 3 D; HACHENBURG-SCHILLING, § 53 Anm. 11; SCHOLZ, § 53 Anm. 21.
- 3) RGZ 121, 241; BAUMBACH-HUECK, a.a.O.; HACHENBURG-SCHILLING, a.a.O.
- 4) Auf diese nimmt die Begründung des Entwurfs, S. 103, besonders Bezug.
- 5) Z.B. Verpflichtung zur Einhaltung eines Wettbewerbsverbots; s.a. HACHENBURG-SCHILLING, § 53 Anm. 12; WILKE-BERG, a.a.O., S. 217.
- 6) SCHOLZ, § 53 Anm. 21.
- 7) MÖHRING: GmbH-Rdsch. 1963, 201(204/205).

unter den Begriff der Leistungsvermehrung auch die Verkürzung allgemeiner mitgliedschaftlicher Rechte fallen.

SCHOLZ zieht hierfür als Begründung § 50 IV des österreichischen GmbH-Gesetzes¹⁾ heran, wonach neben der Vermehrung der Leistungen ausdrücklich auch die "Verkürzung der einzelnen Gesellschaftern durch den Vertrag eingeräumten Rechte" der Zustimmung sämtlicher von ihr betroffenen Gesellschafter bedarf.

MÖHRING²⁾ hält es für geboten, neben den unmittelbaren auch alle mittelbaren "vermögensmäßigen Beeinträchtigungen" des Gesellschafters zu erfassen. Eine "mittelbare, nachträgliche Leistungsvermehrung" liege darin, daß das ursprüngliche Verhältnis zwischen der Aufwendung für den Geschäftsanteil und dem Wert des Geschäftsanteils als vermögenswerter Anteil an der wirtschaftlichen Substanz der Gesellschaft zuungunsten des Minderheitsgesellschafters verändert werde. Der Begriff der Leistung des § 53 III GmbHG werde überwiegend nicht im technischen Sinne verstanden. Eine Verkürzung der Rechtsstellung stehe dem gleich. Wenn dem Begriff der Leistungsvermehrung etwas entnommen werden könne, so dieses, daß vermögensmäßige Beeinträchtigungen des Gesellschafters nicht ohne seine Zustimmungen möglich sein sollten. Dementsprechend sei z.B. die nachträgliche Vinkulierung von Geschäftsanteilen³⁾ - weil sie den Vermögenswert des Geschäftsanteils beeinträchtigt - als Leistungsvermehrung im Sinne von § 53 III GmbHG anzusehen. Eine Stütze finde diese Auslegung in Art. 14 GG, dessen Grundgedanke als Vermögensschutzgarantie bereits in § 53 III GmbHG seine Verwirklichung gefunden habe.

Folgt man dieser weiten Interpretation des Begriffs der Leistungsvermehrung, so bedarf die nachträgliche Verkürzung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs durch Satzungsänderung, weil sie eine vermögensmäßige Beeinträchtigung des

1) Das österreichische Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 6. März 1906, RGBl. Nr. 58, abgedruckt in HACHENBURG, 6. Aufl., Bd. I, S. 16 ff.

2) MÖHRING, a.a.O.

3) S. dazu oben S. 120.

Mitgliedschaftsrechts bedeutet, der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter. Dieses Erfordernis ergibt sich dann unmittelbar aus § 53 III GmbHG.

Indes ist fraglich, ob nicht mit einer derartigen Bestimmung des Begriffs der Leistungsvermehrung bereits über seinen auslegungsfähigen Wortsinn hinausgegangen ist.

b) Auslegung des Begriffs der Leistungsvermehrung

aa) Ziel und Grundsätze der Auslegung

Ziel der Auslegung ist der im Gesetz zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, also die Ermittlung des maßgeblichen Gesetzessinnes¹⁾, nicht die Feststellung eines historischen Willens des Gesetzgebers (= Gesetzesverfassers) und seiner Motive in ihrem entstehungsgeschichtlichen Zusammenhang²⁾.

Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung nach dem Wortlaut (grammatische Auslegung) und Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) des Gesetzes, wobei seine Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) nur ergänzend dann heranzuziehen ist, wenn Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm von ihr losgelöst allein keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Interpretation bieten³⁾.

-
- 1) Sog. objektive Theorie, h.M.: BVerfG 1, 299(312); 10, 234 (244); 11, 126(130) u. dazu MÜLLER: JZ 1962, 471 ff., der aber nachzuweisen versucht, daß die Auslegungsgrundsätze des BVerfG mit der sog. subjektiven Andeutungstheorie übereinstimmen und mit der objektiven Theorie keine Berührungspunkte haben (a.a.O., 474); BGHZ 37, 58(60); BGH: NJW 1964, 2404(2405). Ihre Wegbereiter sind BINDING, WACH, KOHLER, SAUER, BINDER und RADBRUCH, s. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 210 ff.
 - 2) So die sog. subjektive Theorie als deren maßgebliche Vertreter SAVIGNY, WINDSCHEID, BIERLING, HECK, STAMMLER und neuestens auch noch NAWIASKY zu gelten haben, s. NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, S. 126 ff. - Zu den verschiedenen Auslegungstheorien im einzelnen s. ENGISCH, Einführung, S. 88 ff und LARENZ, Methodenlehre, S. 237 ff.
 - 3) BGH: NJW 1964, 2404 ff. Ein weiteres, an sich selbständiges Kriterium der Auslegung ist der logische Zusammenhang der Norm (systematische Auslegung), der jedoch mit der Ermittlung des Gesetzeswillens nach seinem Sinn und Zweck

Auszugehen ist von dem Wortlaut des Gesetzes¹⁾ und auf diese Weise der Wortsinn, d.h. die Bedeutung des gebrauchten Ausdrucks nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zu ermitteln. Kann er, wie in den meisten Fällen, nicht eindeutig festgestellt werden, ist die Interpretation anhand der übrigen Auslegungskriterien fortzusetzen.

Indes ist der Wortsinn eines Gesetzes zugleich die Grenze der Auslegung in dem Sinne, daß über ihn nicht hinausgegangen werden darf. Denn Gegenstand der Auslegung ist allein der Gesetzestext; was in ihm nicht zum Ausdruck gekommen, mit ihm nicht vereinbar ist, darf nicht berücksichtigt werden. Jenseits des noch möglichen Wortsinnes des Gesetzes kommt nur eine analoge Anwendung der Norm in Frage²⁾. Bei ihr aber ist die Fragestellung eine andere: es geht darum, ob ein Sachverhalt, der dem auslegungsfähigen Inhalt einer Norm nicht mehr subsumierbar ist, der Gesetzesvorschrift gleichwohl nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgedanken untergeordnet werden kann³⁾.

bb) Auslegung des § 53 III GmbHG

"Vermehrung der ... obliegenden Leistungen" in § 53 III GmbHG ist begrifflich nicht als tatsächliche Erhöhung faktischer

(teleologische Auslegung) zumeist eng verknüpft ist, s.a. BVerfG 11, 126(130). Zu den verschiedenen Kriterien der Auslegung im einzelnen s. ENGISCH, Einführung, S. 77 ff; LARENZ, Methodenlehre, S. 241 ff.

- 1) Es ist daher schon methodisch unrichtig, wenn SCHOLZ den Wortlaut des österreichischen GmbH-Gesetzes heranzieht, um das deutsche Gesetz auszulegen, mag jenes diesem auch in wesentlichen Zügen nachgebildet sein. - Im übrigen gibt auch der Wortlaut des § 50 IV österr. GmbHG für die Auslegung durch SCHOLZ nichts her; er beschränkt nämlich das Zustimmungserfordernis auf die Verkürzung der einzelnen Gesellschaftern statutarisch eingeräumten Rechte, also der Sonderrechte. Diese sind im deutschen Recht schon nach § 35 BGB geschützt. Von einer Beschränkung der aus der Mitgliedschaft an sich folgenden allgemeinen Rechte ist nicht die Rede (gegen die Heranziehung des § 50 IV österr. GmbHG durch SCHOLZ auch HACHENBURG-SCHILLING, § 53 Anm. 11).
- 2) ENGISCH, Einführung, S. 82 u. 104; LARENZ, Methodenlehre, S. 243 u. 258.
- 3) Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie s. z.B. LARENZ, Methodenlehre, S. 251 und das dort zitierte Beispiel aus der Rechtsprechung des BGH.

Zuwendungen aufzufassen, die zu einer Vermögensvermehrung auf seiten des Empfängers führen¹⁾, also als Steigerung der Leistungshandlungen, sondern bedeutet die rechtliche Vermehrung von Leistungspflichten²⁾, denen entsprechende Berechtigungen der Gesellschaft auf diese Leistungen gegenüberstehen³⁾.

Der so bestimmte Begriff der Leistungsvermehrung ist seinem Wortsinn nach jedoch insoweit mehrdeutig, als darunter sowohl in einem engeren Sinne ausschließlich eine unmittelbare, d.h. direkt und allein durch den satzungsändernden Beschluß begründete, als auch in einem weiteren Sinne zusätzlich eine mittelbare, erst durch Hinzutreten weiterer Umstände begründete Vermehrung der Leistungsverpflichtungen verstanden werden kann.

Innerhalb dieses durch den möglichen Wortsinn umgrenzten Bereichs ist daher die Auslegung möglich. Während die enge Auffassung des Begriffs als einer nur unmittelbaren Vermehrung der Leistungspflichten im "Kernbereich"⁴⁾ der Vorstellung liegt, bewegt sich die weite Auffassung des Begriffs als einer auch mittelbaren Leistungspflichtvermehrung in deren "Randbereich"⁴⁾.

Diesem der Auslegung noch zugänglichen Randbereich der Vorstellung will MÖHRING⁵⁾ auch die Verkürzung mitgliedschaftlicher Rechte zuordnen, indem er sie, freilich in einem anderen als dem oben definierten Sinne, als "mittelbare nachträgliche Leistungsvermehrungen" einstuft. Dieser Versuch läuft indes auf eine Vergewaltigung des nach allgemeinem und juristischem Sprachgebrauch noch möglichen Wortsinns

1) In diesem Sinne wird der Begriff der Leistung z.B. in § 812 BGB verstanden, s. PALANDT-GRAMM, § 812 Anm. 2.

2) Dies ergibt sich, freilich nicht sehr klar, aus dem Wort "obliegenden". Der moderne Gesetzgeber würde statt dessen den Ausdruck "Leistungspflichten" oder "Verpflichtungen" (der sich andererseits auch in § 3 II GmbHG findet) wählen.

3) S. z.B. § 3 II GmbHG: "... Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft ...".

4) Dieses Bild verwendet LARENZ, Methodenlehre, S. 242.

5) MÖHRING, a.a.O.

hinaus, weil Verkürzung oder Entziehung von Rechten etwas anderes bedeutet als Erhöhung von Pflichten:

Ein Recht wird gewährt, eine Pflicht wird auferlegt. Während das Recht seinem Inhaber eine Befugnis, eine Macht zur Ausübung verleiht, z.B. dem Eigentümer einer Sache diejenige, mit seinem Eigentum grundsätzlich nach Belieben zu verfahren, § 903 BGB, dem Forderungsinhaber, seinen Anspruch gegen den Schuldner geltend zu machen, besteht die Pflicht in einem "Sichverhaltensollen"¹⁾ des Verpflichteten, z.B. darin, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, zu dulden oder zu unterlassen.

Rechte und Pflichten stehen zwar dadurch in einer Beziehung, daß regelmäßig dem Recht des einen die Pflicht eines anderen korrespondiert, z.B. dem Recht des Vermieters auf den Mietzins die Pflicht des Mieters auf dessen Entrichtung und umgekehrt der Pflicht des Vermieters zur Gebrauchsgewährung das Recht des Vermieters auf den Gebrauch, § 535 BGB. So gesehen hat also die Erhöhung oder Verkürzung von Rechten auf der einen die Erhöhung oder Verkürzung der entsprechenden Pflichten auf der anderen Seite zur Folge und umgekehrt.

Keinesfalls aber entspricht die Verkürzung oder Erhöhung von Rechten auf der einen zugleich auch einer - und sei es auch nur "mittelbaren" - Erhöhung oder Verkürzung der Pflichten auf derselben Seite, weil insoweit keine rechtliche Beziehung gegeben ist. Die Verkürzung des Abfindungsanspruchs des Gesellschafters erhöht daher nicht dessen Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern sie verkürzt diejenige der Gesellschaft auf Zahlung der Abfindung.

Der Begriff der Leistungsvermehrung kann danach, selbst wenn man ihn entgegen der herrschenden Meinung²⁾ weit fassen will, nicht in der Weise ausgelegt werden, daß ihm auch eine Verkürzung von Rechten unterfällt: Die Grenze des nach allgemeinem und juristischen Sprachgebrauch möglichen Wortsinns wäre damit überschritten.

Eine direkte Anwendung des § 53 III GmbHG auf die Fälle der Verkürzung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs scheidet somit aus.

1) ENGISCH, Einführung, S. 21.

2) S.o. S. 127 N. 1.

Etwas anderes bedeutet die Frage, ob eine Verkürzung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs sich wie eine Erhöhung der nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen auswirkt und daher eine Gleichbehandlung in bezug auf die Rechtsfolge geboten ist. Es ist die Frage nach einer entsprechenden Anwendung des § 53 III GmbHG. Ihr soll nunmehr abschließend nachgegangen werden.

2. Entsprechende Anwendung von § 53 III GmbHG

Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung des § 53 III GmbHG ist, daß der gesetzlich geregelte Tatbestand der Vermehrung der Leistungspflichten mit dem nicht geregelten Fall der Verkürzung des Abfindungsanspruchs in den für die rechtliche Wertung wesentlichen Momenten übereinstimmt¹⁾. Trifft dies zu, so ist es ein Erfordernis der Gerechtigkeit, dieselbe rechtliche Beurteilung, für die sich der Gesetzgeber bei der Vermehrung der Leistungspflichten entschieden hat, auch bei der Verkürzung des Abfindungsanspruchs vorzunehmen²⁾.

Einer analogen Anwendung des § 53 GmbHG steht namentlich sein Charakter als Ausnahmenvorschrift, die vom allgemein geltenden Mehrheitsgrundsatz abweicht, nicht entgegen, sofern die Interessenlage, auf der die Sonderregelung beruht, in ähnlicher Form auch sonst bestehen kann³⁾. Es kommt also entscheidend auf die Feststellung an, ob die für den Fall der Verkürzung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs bestehende Interessenlage mit derjenigen, die der Gesetzgeber in § 53 III GmbHG zur Grundlage seiner Wertung gemacht hat, im wesentlichen übereinstimmt.

1) S.a.o. S. 19 und 63. Zu den Voraussetzungen des Analogieschlusses s. ENGISCH, Einführung, S. 134 ff(143, 144); LARENZ, Methodenlehre, S. 287 ff.

2) LARENZ, Methodenlehre, S. 288: Es ist ein "Postulat der Gerechtigkeit, Gleichartiges oder besser: Gleichsinniges (d.h. gleich Bedeutendes) rechtlich gleich zu behandeln" (Hervorhebung vom Verf.).

3) Allg. Meinung, s. z.B. BGHZ (GrZS) 5, 62: zur entsprechenden Anwendung des § 618 III BGB im Werkvertragsrecht.

- a) Übereinstimmung der Interessenlage bei Vermehrung der Leistungspflichten und Verkürzung des mitgliedschaftlichen Abfindungsrechts

§ 53 III GmbHG muß vor dem Hintergrund der im wesentlichen dispositiven Natur des GmbH-Rechts¹⁾ gesehen werden, die es gestattet, den Gesellschaftern neben der Verpflichtung zur Leistung der Kapitaleinlage beliebige andere Leistungspflichten sowie besonders auch eine Nachschußpflicht aufzuerlegen. Dies bestimmen §§ 3 II und 26 I GmbHG ausdrücklich²⁾. Sie kommen dem gemeinsamen Interesse der GmbH-Gesellschafter an einer den konkreten Bedürfnissen entsprechenden Gestaltung der Rechtsbeziehungen im Gesellschaftsvertrage entgegen³⁾.

Die Möglichkeit der Vermehrung oder Neueinführung gesellschaftsvertraglicher Leistungspflichten im Wege der Satzungsänderung erlaubt es zudem, einer sich verändernden Situation Rechnung zu tragen und die vertraglichen Beziehungen den neu eingetretenen Umständen anzupassen. Hier kann jedoch ein Interessengegensatz entstehen. Dem Interesse der Gesellschaft oder der Gesellschaftermehrheit daran, die Position der GmbH durch zusätzliche Leistungspflichten ihrer Mitglieder zu stärken, steht das Interesse des einzelnen Gesellschafters gegenüber, in seiner wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit nicht in einem über die ursprüngliche Bindung in der Gründungssatzung hinausgehenden Umfang eingeschränkt zu werden. Die nachträgliche Erhöhung der vertraglichen Leistungspflichten bedeutet für ihn eine verstärkte Bindung seines Vermögens, das nunmehr in der dieser Verpflichtung entsprechenden Höhe einer anderweiten Verwendung entzogen wird. Beruhte die ursprüngliche Bindung des Gesellschafters auf seiner einverständlichen Erklärung bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder freiwilliger Übernahme des Geschäftsanteils mit

1) S. dazu oben S. 26.

2) Wesentlich enger ist demgegenüber das Aktienrecht, das die Festsetzung einer Nachschußpflicht nicht kennt und Nebenverpflichtungen der Aktionäre nur unter der engen Voraussetzung zuläßt, daß die Übertragung der Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist und es sich um wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen handelt, § 55 I 1 AktG.

3) S. im einzelnen oben S. 26 ff.

allen Rechten und Pflichten, so bringt die Möglichkeit der Vermehrung der Leistungspflichten durch einen satzungsändernden Mehrheitsbeschluß die Gefahr der Majorisierung, d.h. der Auferlegung der Pflicht gegen seinen ausdrücklichen Willen mit sich.

Diese Interessenlage findet ihre Entsprechung im gesetzlich nicht geregelten Falle der Verkürzung des Anspruchs der Gesellschafter auf Zahlung der dem vollen Wert ihres Geschäftsanteils entsprechenden Abfindung.

Die GmbH, repräsentiert durch die Mehrheit ihrer Gesellschafter, hat ein Interesse daran, die Belastung der Gesellschaft mit Abfindungsansprüchen möglichst niedrig zu halten und auf diese Weise eine vielleicht gefahrvolle Schmälerung der Kapitalbasis zu verhindern¹⁾. Die ursprüngliche Verpflichtung der GmbH zur Zahlung des vollen Abfindungsentgelts im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters durch Ausschließung oder Austritt aus wichtigem Grund bedeutet eine potentielle Belastung ihres aktiven Vermögens. Wird sie durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß verkürzt, so ist das wirtschaftlich gesehen gleichbedeutend mit dem Falle, daß die Gesellschaft durch nachträgliche Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Pflichten eine Leistung erhält; denn in beiden Fällen vermehrt sich das Vermögen der GmbH: einmal, weil es von einer bestehenden, wenn auch nicht fälligen, vermögensmindernden Verpflichtung teilweise befreit, das andere Mal, weil es durch Erbringung einer Leistung verstärkt wird.

Nicht anders ist es auf seiten des einzelnen Gesellschafters. Er hat ein Interesse daran, im Falle seines vorzeitigen Ausscheidens aus der GmbH den Wert als Abfindung zu erhalten, der seiner Beteiligung am Vermögen der GmbH entspricht. Dieser Anspruch ist ein, wenn auch gebundener, Bestandteil seines Vermögens. Seine Verkürzung oder Entziehung geht über die von ihm ursprünglich eingegangene Bindung hinaus und beschränkt ihn in seiner wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit in der gleichen Weise, wie wenn seine Leistungspflichten nachträglich durch Mehrheitsbeschluß erhöht werden. Ob nämlich sein Vermögensrecht auf die Abfindung beschränkt oder die

1) S. im einzelnen oben S. 110 ff.

Pflicht zu vermögenswerten Leistungen erhöht wird, kommt wirtschaftlich gesehen auf dasselbe hinaus; in beiden Fällen wird das Vermögen des Gesellschafters in seiner Substanz gemindert¹⁾. Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht lediglich in der rechtstechnischen Ausgestaltung, die infolge verschiedener Motivationen einmal zu einer Verkürzung eines mitgliedschaftlichen Vermögensrechts, das andere Mal zu einer Erhöhung von Leistungspflichten greift²⁾.

- b) Maßgeblichkeit der übereinstimmenden Interessenlage für die rechtliche Wertung des Gesetzgebers in § 53 III GmbHG

Bei der rechtlichen Bewertung der gegensätzlichen Interessen einerseits der Gesellschaft und der sie repräsentierenden Mehrheit der Gesellschafter an der Stärkung des Gesellschaftsvermögens durch Vermehrung der Leistungspflichten im Wege eines satzungsändernden Mehrheitsbeschlusses und andererseits des einzelnen Gesellschafters daran, daß seine wirtschaftliche und persönliche Freiheit nicht gegen seinen Willen in einem über die ursprüngliche Bindung hinausgehenden Maße

-
- 1) Hieran zeigt sich auch, daß die Interessenlage bei Vermehrung der Leistungen und Verkürzung von Rechten sich nur dann entsprechen, wenn die Rechte Vermögensrechte sind. Dies bedarf jedoch einer weiteren Einschränkung: Die Vermögensrechte müssen solche sein, deren Beeinträchtigung zugleich die wirtschaftliche (und persönliche) Freiheit des Gesellschafters berührt. Das trifft - anders als bei dem Abfindungsanspruch - z.B. bei dem Gewinnanspruch der Gesellschafter nach § 29 GmbHG nicht zu. - Nicht nur können daher die Gesellschafter in der Ursprungssatzung über die Gewinnverwendung nach Belieben anders verfügen, sondern auch durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß eine vom bisherigen Statut abweichende Gewinnverwendung beschließen, sofern nur der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt bleibt. Der Zustimmung aller Betroffenen bedarf es nicht; namentlich eine entsprechende Anwendung des § 53 III GmbHG scheidet wegen Ungleichheit der Interessenlage aus (im Ergebnis ebenso BAUMBACH-HUECK, § 29 Anm. 2 A; unentschieden SCHOLZ, § 29 Anm. 11).
- 2) Dieser formale Unterschied verbietet es zunächst, durch Auslegung des Begriffs der Leistungsvermehrung zu einer direkten Anwendung des § 53 III GmbHG für den Fall der Abfindungsbeschränkung zu kommen (s.o. S. 126 ff); hier, bei der Frage nach der entsprechenden Anwendung der Vorschrift, kann er als unwesentlich vernachlässigt werden.

durch vorher nicht absehbare Mehrverpflichtungen beschränkt wird, hat der Gesetzgeber durch Statuierung des Zustimmungserfordernisses zugunsten des einzelnen Gesellschafters entschieden. Diese Wertung trägt dem allgemeinen Rechtsgrundsatz Rechnung, der darin besteht, daß "eine sachlich unbegrenzte Einschränkung der wirtschaftlichen und damit auch der persönlichen Freiheit des Einzelnen nicht gebilligt werden kann"¹⁾.

Dieser Grundsatz fordert also den Schutz des einzelnen Gesellschafters vor einer Erweiterung oder Neubegründung mitgliedschaftlicher Leistungspflichten durch bloßen Mehrheitsbeschluß. Er hat auch im übrigen Gesellschaftsrecht seinen Niederschlag gefunden. Schon das preußische Allgemeine Landrecht bestimmt, worauf MÜLLER-ERZBACH²⁾ hinweist, in II, 6 §§ 64 und 67 für neue Beiträge sowie die Erhöhung der bisherigen bei den konzessionierten gemeinnützigen Verbänden die Einwilligung aller Mitglieder³⁾. Im geltenden deutschen Recht ist diese Regelung nicht nur vom GmbH-Recht in § 53 III GmbHG übernommen, sondern gilt auch im Aktienrecht, wo nach § 180 I AktG ein Beschluß, der den Aktionären Nebenverpflichtungen auferlegt, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedarf. Auch im Recht der Personengesellschaften, in dem Mehrheitsbeschlüsse nach dem Gesetz ohnehin die Ausnahme sind, gilt dieses Prinzip: § 707 BGB bestimmt, daß die Gesellschafter "zur Erhöhung des vereinbarten Bei-

1) BGH: Betrieb 1956, 616(617). - In dem zit. Urteil entschied der Bundesgerichtshof, daß das Stimmrecht eines Kommanditisten nur insoweit ausgeschlossen werden könne, als es sich nicht um Gesellschafterbeschlüsse handle, die in die Rechtsstellung des Kommanditisten als solche eingreifen. Zur Begründung heißt es, daß auch der Gesellschafter einer GmbH, dessen Stimmrecht ausgeschlossen sei, wegen des hierdurch nicht berührten Zustimmungserfordernisses nach § 53 III GmbHG, das selbständig neben dem Gesellschafterbeschuß bestehe, "nicht ohne seine Mitwirkung (Zustimmung) in seiner Rechtsstellung als Gesellschafter verkürzt (!) oder gegenüber anderen Gesellschaftern zu seinen Lasten ungleich behandelt werden (kann)". Des weiteren könnten "ihm auch ohne seine Zustimmung keine erhöhten Pflichten auferlegt werden" (a.a.O., S. 616/617).

2) MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 305.

3) S. REHBEIN und REINICKE, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, S. 323.

trags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage" nicht verpflichtet sind. Diese Bestimmung gilt gemäß §§ 105 II, 161 II HGB auch für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft¹⁾. Dementsprechend bezeichnet das Reichsgericht²⁾ es als "zu den Hauptregeln des Gesellschaftsrechts" gehörig, daß ein Gesellschafter zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages nicht verpflichtet ist.

Damit bestätigt sich, daß die Mehrheitsherrschaft - sofern sie nach dem Gesetz³⁾ oder aufgrund Vereinbarung der Gesellschafter⁴⁾ begründet ist - sich nur im Rahmen der von den Gesellschaftern gebildeten Interessengemeinschaft entfalten kann. Beschlüsse, die eine Vermehrung der mitgliedschaftlichen Leistungspflichten zum Gegenstand haben, sind der Mehrheitsherrschaft entzogen, weil sie den Umfang dieser ursprünglichen Interessengemeinschaft erweitern⁵⁾.

- c) Anwendung des § 53 III GmbHG zugrundeliegenden allgemeinen Prinzips auf den Fall der Abfindungsbeschränkung

Die festgestellte Übereinstimmung der für die rechtliche Wertung entscheidenden Interessenlagen im gesetzlich geregelten Tatbestand der Pflichtenerhöhung und dem nicht geregelten Fall der Verkürzung des Abfindungsanspruchs zwingt daher zu dem Schluß, daß auch dieses Recht der Mehrheitsherrschaft entzogen ist. Auch der Eingriff in das mitgliedschaftliche Vermögensrecht auf die Abfindung zum vollen Wert des Geschäftsanteils überschreitet die Grenze der jeweils gegebenen Interessengemeinschaft. Er schränkt den einzelnen

1) BAUMBACH-DUDEN, § 109 Anm. 4 E. - Eine Ausnahme macht lediglich das Genossenschaftsrecht, das in § 16 II 1 GenG eine Dreiviertelmehrheit zu einer Erhöhung des Geschäftsanteils ermächtigt. Dieser anormalen Ausweitung der Mehrheitsherrschaft kommt indes für den einzelnen Genossen, der sich ihr u.a. durch das nicht abdingbare Kündigungsrecht nach § 65 GenG jederzeit entziehen kann, nur eine sehr beschränkte Bedeutung zu, s. MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 307.

2) RGZ 151, 321(326).

3) So bei den Kapitalgesellschaften.

4) So bei den Personengesellschaften.

5) MÜLLER-ERZBACH, a.a.O., S. 57.

Gesellschafter in seiner wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit in einem Maße ein, das über die von ihm freiwillig eingegangene, die Interessengemeinschaft und damit auch den Bereich der Mehrheitsherrschaft abgrenzende Bindung hinausgeht.

§ 53 III GmbHG ist somit nach dem ihm zugrundeliegenden Rechtsgedanken auf die Fälle einer nachträglichen Beeinträchtigung des Abfindungsanspruchs entsprechend anzuwenden. Eine Beschränkung oder Entziehung dieses Anspruchs kann nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden¹⁾.

- d) Bestätigung des gefundenen Ergebnisses durch Anwendung auf den Fall der Abfindungsbeschränkung im Wege der Einführung von Vertragsstrafen

Das gefundene Ergebnis wird bestätigt, wenn man den Fall der Abfindungsbeschränkung im Wege der Einführung einer Vertragsstrafe nach §§ 339 ff BGB heranzieht²⁾.

Die Beschränkung der Abfindung kann hier einmal durch eine Vereinbarung der Gesellschafter erreicht werden, wonach der Ausscheidende für die Erfüllung des festgelegten Tatbestandes einen bestimmten, pauschalierten Geldbetrag als Vertragsstrafe zu zahlen hat³⁾.

Aus praktischen Gründen, insbesondere weil es einer Aufrechnung mit dem Strafanspruch hier nicht bedarf⁴⁾, liegt es

-
- 1) Eine Einschränkung des Mehrheitsprinzips im GmbH-Recht gegenüber seiner Geltung im übrigen Gesellschaftsrecht ist mit dieser Schlußfolgerung nicht verbunden: Soweit, wie z.B. bei § 180 I AktG, die Einführung von Leistungsverpflichtungen durch Satzungsänderung der Zustimmung aller Betroffenen bedarf, führt die nachgewiesene Übereinstimmung der für die rechtliche Wertung maßgeblichen Interessenlage auch dort zu einer entsprechenden Anwendung der gesetzlichen Vorschrift auf Fälle der Verkürzung von mitgliedschaftlichen Vermögensrechten. - Des weiteren sind z.B. bei den in der Rechtsform einer OHG oder KG betriebenen Handelsgesellschaften die Gesellschafter schon kraft des dort geltenden Grundsatzes der Einstimmigkeit bei der Beschlußfassung vor Beeinträchtigung solcher Art geschützt.
 - 2) Zur Zulässigkeit einer solchen Regelung z.B. für die Fälle der Ausschließung aus wichtigem Grund s.o. S. 98 ff.
 - 3) S. näher oben S. 98/99.
 - 4) S. o. S. 100.

jedoch näher, die Vertragsstrafe als sog. Verwirkungsklausel zu vereinbaren, welche die direkte und automatisch eintretende Verkürzung oder Entziehung des Abfindungsanspruchs zum Gegenstand hat¹⁾.

Im ersten Falle bedarf die nachträglich durch satzungsändernden Beschluß eingeführte Regelung nach § 53 III GmbHG der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter, weil sie auf eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen gerichtet ist, nämlich auf die Zahlung des festgesetzten Geldbetrages²⁾.

Im zweiten Falle dagegen, der direkten Verkürzung des Abfindungsanspruchs durch Einführung der Verwirkungsklausel, kann diese Rechtsfolge nur aus einer entsprechenden Anwendung des § 53 III GmbHG abgeleitet werden. Das Zustimmungserfordernis würde entfallen, wenn man die analoge Anwendung der Vorschrift verneint.

Eine solche Differenzierung erscheint jedoch, wie das konkrete Beispiel zeigt, willkürlich. Der Unterschied beider Gestaltungen besteht, wie bereits früher festgestellt³⁾, lediglich in der rechtstechnischen Ausgestaltung und ist damit formaler Art. Die materiell-rechtliche Wirkung ist die gleiche: In beiden Fällen führt die Regelung zu einer tatsächlichen Beschränkung der Abfindung.

Wollte man entscheidend an die äußere rechtstechnische Ausgestaltung anknüpfen, so wäre es im übrigen für die Gesellschaft-

1) Zur Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung und ihrer Behandlung nach den Bestimmungen der §§ 339 ff BGB s.o. S. 99/100.

2) BAUMBACH-HUECK, § 20 Anm. 3; HACHENBURG-SCHMIDT, § 53 Anm. 14; SCHOLZ, § 20 Anm. 10, § 53 Anm. 22.

3) S.o. S. 99 N. 3.

ter leicht, durch Statuierung der Vertragsstrafe in Gestalt der Verwirkungsklausel, und nicht in Form eines Leistungsversprechens, das gesetzliche Zustimmungserfordernis zu umgehen¹⁾.

Statt dessen muß auch hier der Satz gelten:

Gleich Bedeutendes rechtlich gleich behandeln, ist ein Postulat der Gerechtigkeit²⁾.

1) Dies gälte, über den Fall der Einführung der Vertragsstrafe zum Zwecke der Abfindungsbeschränkung hinaus, auch für alle anderen Fälle einer nachträglichen Einführung von Vertragsstrafen!

2) LARENZ, Methodenlehre, S. 288.

Lebenslauf

Am 15. September 1936 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Emil Herrmann und seiner Ehefrau Katharina geb. Schöning in Münster geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Reifeprüfung legte ich am 8. März 1957 am Staatlichen Gymnasium Nepomucenum in Coesfeld (mathematisch-naturwissenschaftlicher Zweig) ab. Anschließend studierte ich vier Semester Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg und weitere drei Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 23. September 1961. Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst in Berlin, Coesfeld, Münster und Hamm legte ich am 26. November 1965 die zweite juristische Staatsprüfung ab.

In der Zeit vom 1. Mai 1966 bis 30. April 1967 verwaltete ich die Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten am Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Münster. Seit dem 1. Mai 1967 bin ich Verwalter der Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten am Institut für Berg- und Energierecht der Westfälischen Wilhelms-Universität.

